



# Guide UFCC

## contrats et droit de la distribution

*dispositions réglementaires et jurisprudence relatives au droit de la concurrence,  
à la gestion de la négociation entre fournisseur et distributeur  
et aux contrats d'approvisionnement*

Immeuble « Le Diamant A » - 92909 PARIS LA DEFENSE CEDEX, FRANCE  
Téléphone : + 33 1 46 53 10 64 - Télécopie : + 33 1 76 73 98 27  
E-mail : [ufcc@ufcc.fr](mailto:ufcc@ufcc.fr) - Sites internet : [www.ufcc.fr](http://www.ufcc.fr) – [www.reach.ufcc.fr](http://www.reach.ufcc.fr) – [www.cenie.org](http://www.cenie.org)

### ***AVERTISSEMENT***

© Toute reproduction, transmission, ou cession à titre gratuit ou onéreux, même partielle, de ce document à des tiers est interdite sans l'accord préalable de l'UFCC.

Toute modification de ce document, intentionnelle ou non, sous quelque forme que ce soit, ne saurait engager la responsabilité de l'UFCC.

La réglementation et la jurisprudence étant constamment en évolution, l'UFCC ne saurait être tenue pour responsable de l'application des recommandations et règles juridiques figurant dans ce document du fait de changements réglementaires indépendants de sa volonté et survenus ultérieurement à sa diffusion.

Certains points ont fait l'objet de saisines auprès du Ministère de l'Economie et des Finances. Ils sont dans ce cas précisés.

**v1 - septembre 2012**

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

A) CONTEXTE REGLEMENTAIRE	Page 4
1. Rappels en droit de la concurrence	Page 4
2. Rappels sur la Loi de Modernisation de l'Economie de 2008	Page 7
3. Obligations légales thématiques	Page 9
a) Les conditions générales de vente (CGV)	Page 9
b) Les conditions générales d'achat (CGA)	Page 12
c) Les règles de durée d'utilisation des produits chimiques	Page 13
d) La convention unique ou le contrat-cadre annuel ou le plan d'affaires	Page 14
e) La force majeure	Page 16
f) Les règles applicables au prix de remplacement en cas de défaut du fournisseur	Page 20
g) Les obligations du vendeur et de l'acheteur (garanties pour vices cachés et non-conformité)	Page 20
B) GESTION DE LA NEGOCIATION ET DROIT DE LA CONCURRENCE	Page 25
1. Comportement à adopter vis-à-vis des concurrents	Page 25
2. Comportement en cas de visite surprise des autorités de concurrence	Page 26
3. Comportement à adopter vis-à-vis des fournisseurs et des clients	Page 27
C) CONTENU DES CONTRATS	Page 30
1. Définitions préalables	Page 30
a) Marché pertinent, notion d'approvisionnement, part de marché	Page 30
b) Vente active et vente passive	Page 32
c) Distribution sélective et distribution exclusive	Page 33
d) Accord vertical et restriction verticale	Page 34
2. Clauses thématiques	Page 35

FICHE 1 : Le contrat de distribution	<b>Page 35</b>
FICHE 2 : Les spécificités du contrat d'agence	<b>Page 37</b>
FICHE 3 : La durée des contrats et leur renouvellement	<b>Page 41</b>
FICHE 4 : La clause de révision de prix	<b>Page 42</b>
FICHE 5 : La remontée d'informations du distributeur au fournisseur	<b>Page 43</b>
FICHE 6 : La clause d'exclusivité	<b>Page 44</b>
FICHE 7 : Les prix recommandés, prix minimum et prix maximum	<b>Page 49</b>
FICHE 8 : La clause de non-concurrence	<b>Page 53</b>
FICHE 9 : La résiliation unilatérale ou la clause de sortie du contrat	<b>Page 55</b>
FICHE 10 : La rupture brutale ou abusive du contrat de distribution : indemnités et préavis	<b>Page 56</b>
FICHE 11 : Les relations commerciales hors contrat ou relations établies	<b>Page 61</b>
FICHE 12 : Les formes d'engagement hybrides : lettres d'intention et « customer protection agreement »	<b>Page 62</b>
FICHE 13 : Les dispositions du droit international : droit applicable juridiction compétente, clause d'arbitrage	<b>Page 64</b>
D) ANNEXES	<b>Page 66</b>
1. Calcul de la part de marché	<b>Page 66</b>
2. Accords d'importance mineure	<b>Page 68</b>
3. Sanctions encourues	<b>Page 69</b>
E) QUESTIONS LES PLUS FREQUEMMENT POSEES	<b>Page 70</b>
F) LIENS UTILES	<b>Page 75</b>

## INTRODUCTION

Ce document traite des relations verticales entre fournisseurs (producteurs, commettants) et distributeurs, c'est-à-dire sur les contrats dits « amont » (contrat de fourniture ou d'approvisionnement).

Pour autant, les dispositions qui s'appliquent entre un fournisseur et son distributeur peuvent le plus souvent s'appliquer à la relation aval qu'entretient ce même distributeur avec son client, le distributeur devenant alors fournisseur de son client.

Ce travail porte principalement sur les éléments concernant ces relations verticales qui ont été introduits par le droit de la concurrence et modifiés récemment par le règlement n°330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

En conséquence, après des rappels préliminaires en droit de la concurrence, seront examinées les principales dispositions qui visent en particulier les accords verticaux, notamment ce règlement n°330/2010, ainsi que les principaux changements législatifs français qui ont modifié ces dernières années des éléments de la relation commerciale, à savoir principalement la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008, ci-après LME.

Parmi les changements majeurs introduits par la LME, il faut noter que la loi a rendu obligatoire l'existence d'un document écrit matérialisant les relations commerciales et comportant certaines mentions obligatoires. Le défaut d'écrit est lourdement sanctionné par la loi : l'absence de cette convention unique, appelée aussi convention annuelle, est punie d'une amende de 75.000 euros pour la personne physique et de 375.000 euros pour la personne morale.

En outre, il est rappelé qu'il est important de détenir des contrats écrits encadrant les relations commerciales, notamment en cas de rachat de l'entreprise, ces contrats permettant notamment la valorisation du fonds de commerce.

De plus, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (ci-après DGCCRF) peut opérer des contrôles inopinés dans les entreprises, vérifier leurs pratiques au regard des obligations légales et imposer des amendes. Ainsi, ses inspecteurs peuvent avoir accès aux locaux professionnels, communiquer ou emporter des documents de toute nature, recueillir des déclarations par procès-verbal ou encore saisir des produits.

Enfin, nous rappelons que les entreprises du secteur sont soumises à l'ensemble des textes européens et français relatifs aux produits chimiques, et notamment aux obligations liées à la réglementation REACH<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) n°1907/2006 – voir <http://www.reach.ufcc.fr>

## A) CONTEXTE REGLEMENTAIRE

### 1. Rappels en droit de la concurrence

#### 1°) Rappels sur l'entente et la position dominante

Dans le cadre des relations entre fournisseur et distributeur, deux dispositions principales du droit de la concurrence sont à connaître : l'abus de position dominante et l'entente.

##### a) Abus de position dominante

Le droit européen condamne l'exploitation abusive d'une position dominante par l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne :

*« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

En droit français, l'article L420-2 du Code de commerce interdit cette pratique qu'il définit comme suit :

*« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*

*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. »*

La position dominante s'apprécie sur un marché donné qui est le marché pertinent. Le Code de commerce rappelle donc que les entreprises en position dominante sur un marché doivent donc être encore plus vigilantes que les autres quant à leur comportement sur le marché, certaines pratiques pouvant alors être considérées comme abusives.

### **b) Entente**

L'entente est définie en droit européen à l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, comme suit :

*« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :*

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

*2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.*

*3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:*
  - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*
  - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »*

En droit français, l'article L420-1 du Code de commerce énonce l'interdiction des ententes :

*« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

*1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*

2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Lorsque ces ententes se produisent entre entreprises intervenant à différents stades de la chaîne de production d'un produit, elles sont qualifiées d'accords verticaux.

### 2°) Rappel sur les accords verticaux et le règlement n°330/2010 de la Commission européenne :

Les accords verticaux sont des accords conclus entre des acteurs économiques intervenant à différents niveaux de la chaîne de production ou de distribution.

**NB :** Les accords intervenant entre concurrents ne sont pas traités ici mais le sont par les textes dédiés aux accords de coopération horizontale (règlements communautaires n°1217/2010 et 1218/2010 et lignes directrices).

Ces accords verticaux sont sous étroite surveillance des autorités nationales et européennes de concurrence car ils peuvent, dans certains cas, affecter le commerce intra-européen et fausser le jeu de la concurrence, selon l'article 101 du TFUE, c'est-à-dire constituer une entente entre fournisseur et distributeur.

Cependant **certains accords sont autorisés et bénéficient d'une exemption**, car ils permettent d'améliorer l'efficacité économique grâce à une meilleure coordination entre entreprises. C'est le cas des **accords verticaux**, sous certaines conditions régies par le règlement n°330/2010 et ses lignes directrices, qui modifiait un règlement précédent (n°2790/1999).

Le nouveau règlement, valable depuis 2010 et jusqu'en 2022, énonce que cette exemption bénéficie notamment :

- aux accords passés entre entreprises qui ne sont pas concurrentes, c'est-à-dire aux accords passés entre des acteurs qui se situent ou qui interviennent à un niveau différent dans la chaîne de production-distribution
- aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros
- aux accords dont les entreprises parties ne représentent pas plus de 30% sur le marché en cause ; ce seuil s'applique dorénavant aussi bien au fournisseur qu'au distributeur
- aux accords qui ne comportent pas de restriction caractérisée de concurrence (ou clause noire). Le règlement en énumère cinq, dont la fixation du prix minimal de revente ou la restriction du territoire de revente (hors schéma de distribution exclusive ou sélective). En principe, ces restrictions caractérisées rendent un accord contraire au droit de la concurrence. Cependant elles peuvent être justifiées au regard des gains d'efficacité générés, donc avec ce nouveau règlement elles ne sont plus interdites en soi, il faut se poser la question de leur effet



Par ailleurs, le règlement énumère des restrictions exclues (ou clause interdite) c'est-à-dire qu'il impose des conditions spécifiques pour certaines dispositions, comme par exemple la durée des obligations de non-concurrence. Ces restrictions sont séparables du reste de l'accord : si elles ne sont pas valables, elles sont exclues de l'accord, mais le reste de l'accord reste valide.

## 2. Rappels sur la Loi de Modernisation de l'Economie de 2008

La LME a apporté de très nombreuses modifications qui concernent les relations commerciales. Un des objectifs de la loi était de rééquilibrer les relations commerciales entre les PME et la grande distribution, notamment en réduisant les délais de paiement. Pour autant la loi réintroduit une grande liberté dans les négociations commerciales, quant aux tarifs et aux conditions de vente par exemple.

La loi a maintenu deux points essentiels :

- le principe selon lequel les CGV demeurent «le socle de la négociation commerciale» : ce cadre commun est maintenu comme référence pour le développement des relations commerciales
- le principe de transparence tarifaire (à l'article L441-6 du Code de commerce) : le fournisseur est soumis à l'obligation de communiquer ses tarifs, barèmes et ristournes au client

Elle a introduit de nombreux changements ; en voici les principaux :

- la discrimination tarifaire (ou pratique de prix différenciés) n'est plus interdite en soi, la pratique de conditions particulières de vente est admise si elle est justifiée. Les prix et les conditions de vente redeviennent donc par principe négociables (voir fiche CGV)
- certaines pratiques sont considérées comme restrictives de concurrence, les opérateurs peuvent certes différencier leurs conditions de vente mais il est interdit de créer, par cette différenciation, un « déséquilibre significatif » entre les droits et les obligations des partenaires commerciaux. Les juges peuvent saisir la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales<sup>2</sup> pour avis en cas de litige, ces avis sont publiés<sup>3</sup>. Ce déséquilibre significatif devient répréhensible à la demande de la victime et/ou celle de la seule administration.

Par exemple, le tribunal de commerce de Lille, dans un jugement du 6 janvier 2010, a considéré qu'il y avait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties

<sup>2</sup> <http://www.economie.gouv.fr/cepc>

<sup>3</sup> Publication des avis : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/Les-avis-de-la-Commission>

La CEPC répond également aux questions des opérateurs économiques :

<http://www.economie.gouv.fr/cepc/accueil-rubrique-questions-cepc>

dans la situation suivante : un distributeur imposait à ses fournisseurs le paiement de ristournes sous forme d'acomptes mensuels fixes par virement bancaire, sans prévoir de possibilité de modification du montant des acomptes selon l'activité et en exerçant des pénalités très élevées qui conduisaient à une dégradation de la trésorerie des fournisseurs. En outre, ce déséquilibre était renforcé par l'imposition du règlement d'acompte exclusivement par virement bancaire alors que le distributeur lui ne s'imposait pas ce type de paiement pour ses règlements et ne s'engageait sur aucun volume d'achat.

Le distributeur a été condamné à une amende civile de 300.000 euros et a fait appel de la décision.

- imposer une clause permettant de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant est désormais interdit ; cela ferait échec à la libre négociation des conditions de vente
- imposer une obligation de non-concurrence qui demeure après la fin du contrat ou une obligation d'approvisionnement exclusif d'une durée supérieure à deux ans est désormais interdit, sauf pour les distributeurs bénéficiant d'une licence de marque ou d'une licence de savoir-faire
- les sanctions ont été fortement augmentées : le juge peut prononcer la fin des pratiques illicites sous astreinte (c'est-à-dire en soumettant l'entreprise frauduleuse à verser une amende quotidienne tant que la pratique n'a pas cessé). D'autre part, le montant maximum de l'amende civile qui peut être demandée par la DGCCRF passe de deux millions d'euros au triple des sommes indûment perçues par l'auteur de la pratique

### 3. Obligations légales thématiques

#### a) Les Conditions Générales de Vente

##### 1°) Définition et obligation légale

Comme le rappelle la LME, les Conditions Générales de Vente (ci-après CGV) sont le socle de la négociation commerciale : c'est un cadre de référence commun dans lequel se déroule la négociation commerciale.

L'article L441-6 du Code de commerce instaure une obligation pour tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur de produits, qui en fait la demande, ses CGV. Cette communication peut se faire par tout moyen conforme aux usages de la profession. Le code détaille également les mentions obligatoires qui doivent être précisées dans les CGV. Il s'agit :

- des conditions de vente
- du barème des prix unitaires
- des réductions de prix
- des conditions de règlement

##### 2°) Les Conditions Particulières de Vente (CPV)

L'article L441-6 du Code de commerce, modifié par la LME, énonce que « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication* » décrite ci-dessus. Seules le sont les Conditions Générales de Vente applicables aux acheteurs de produits d'une même catégorie.

Les CGV peuvent donc être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits dans des Conditions Particulières de Vente (CPV) qui viennent en complément des CGV. Les partenaires commerciaux peuvent donc pratiquer des tarifs différenciés mais ils doivent justifier globalement les dérogations tarifaires obtenues par les distributeurs et indiquées dans les CPV. Il faut donc mentionner « les obligations auxquelles les parties se sont engagées en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale ». La liberté de négociation est ainsi encadrée.

##### 3°) Délais de paiement

Sauf mention contraire figurant dans les CGV, le délai de règlement est fixé au 30<sup>ième</sup> jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée. En tout état de cause, il ne peut pas dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les professionnels d'un secteur - clients et fournisseurs - peuvent décider ensemble de réduire le délai maximum de paiement fixé par le Code de commerce. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles.

NB : au vu du droit applicable à l'heure actuelle, il n'y a pas d'accord spécifique pour les professionnels de la chimie.

A noter que pour le transport routier de marchandises notamment, les délais de paiement ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Sanctions : est puni d'une amende de 15.000 euros le fait de ne pas respecter ces délais de paiement, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions obligatoires ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes à cet article.

#### 4°) Pénalités de retard

**Attention :** les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard, qui sont exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture, dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Ce taux d'intérêt des pénalités de retard, mentionné obligatoirement dans les CGV, doit être supérieur ou égal à trois fois le taux légal, ce dernier étant celui appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage.

#### 5°) Information sur les conditions tarifaires

Pour les services :

Suite de l'article L441-6 du Code de commerce : « *Lorsque le prix d'un service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé.*

*Tout prestataire de services est également tenu à l'égard de tout destinataire de prestations de services des obligations d'information définies à l'article L111-2 du Code de la consommation.* ». **Attention :** l'article L111-2 du Code de la consommation s'applique entre un prestataire professionnel et un consommateur et non un professionnel.

Cette obligation ne s'applique pas aux services financiers ni aux opérations pratiquées par les assurances, mutuelles, institutions de prévoyance etc.

## 6°) Clause limitative de responsabilité, obligation essentielle, faute lourde

La clause limitative de responsabilité est celle par laquelle une partie au contrat s'exonère, en totalité ou partiellement de sa responsabilité, soit quantitativement en instaurant un plafond aux indemnités de compensation, soit qualitativement en restreignant sa responsabilité à certains facteurs et en l'excluant pour d'autres (retard, vol, conditions météorologiques etc.).

De manière générale, les juges français considèrent comme valable la clause limitative de responsabilité pour autant qu'elle ne « *contredit pas la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » (Cass. com. 29 juin 2010). Cela signifie que cette clause ne doit pas vider de son sens l'engagement qui forme le contrat, par exemple via une clause établissant un plafond d'indemnisation dérisoire au vu de l'obligation qui est au contrat.

L'affaire Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996) a posé la règle selon laquelle c'est en raison du manquement à une obligation essentielle que la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite, c'est-à-dire non valable. Les juges examinent donc l'économie générale du contrat pour vérifier que la clause limitative de responsabilité ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle du contrat, et qu'elle ne constitue pas une relative impunité incitant une des parties à l'inexécution du contrat. Plus récemment un arrêt important de la Cour de cassation (Cass. com. 13 février 2007) a donné une définition de l'obligation essentielle, comme étant celle qui permet d'atteindre l'objectif final du contrat.

De plus, la clause limitative de responsabilité n'est pas applicable quand la partie qui s'en prévaut a commis une faute lourde. Cette faute lourde se déduit de la gravité du comportement du débiteur, elle ne peut pas être caractérisée par un simple manquement à une obligation du contrat. (Cass. com. 29 juin 2010).

A noter que cette clause d'exonération de responsabilité, qu'elle soit totale ou partielle, n'est pas valable en matière de garantie de conformité et de garantie pour vices cachés (voir fiche sur les garanties)

## b) Les Conditions Générales d'Achat (CGA)

Il a été étudié précédemment l'existence d'une obligation d'information du fournisseur portant sur certaines données de la relation commerciale (article L441-6 du Code de commerce) et l'importance des conditions générales de vente, en particulier depuis la LME. Pour autant l'acheteur est libre d'établir des conditions générales d'achat (CGA).

La loi mentionne que les CGV sont le socle de la négociation commerciale mais cela ne signifie pas que les CGV ont la primauté sur les CGA, mais simplement que les premières sont le point de départ de la négociation commerciale.

Il y a un grand contentieux sur cette question de la confrontation entre CGV et CGA.

Une décision de la Cour de cassation l'illustre :

- Cass. com. 12 juillet 1994, pourvoi n° 92-10.761 : dans cette affaire, les CGV comprenaient une clause de réserve de propriété qui suspendait le transfert de propriété en cas de défaut de paiement de l'acheteur. Les CGA excluaient toute clause de réserve de propriété, mais l'acheteur n'avait pas manifesté son désaccord quant à cette clause malgré la mention répétée de la clause dans le contrat cadre et sur les accusés de réception des bons de commande. Il avait donc été jugé par la Cour d'appel que l'acheteur avait renoncé à faire jouer les CGA.

Or, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et juge que le silence de l'acheteur à réception de l'écrit était équivoque et n'emportait pas acceptation tacite de cette clause « lorsqu'il y a opposition entre les conditions générales de vente comportant la clause et les conditions d'achat excluant celles-ci ; que dans une telle hypothèse, le vendeur doit prouver l'existence d'un accord non équivoque des parties sur la mise en oeuvre de la clause pour chaque vente successive, et ne saurait se prévaloir du silence ou de l'inaction de l'acheteur à la réception des conditions générales de vente ».

La CEPC a publié des questions-réponses sur le sujet<sup>4</sup> ; en voici un extrait :

**« Question – Négociation CGA - Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ?**

Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties. Les cocontractants peuvent toutefois décider, d'un commun accord, d'écarter pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 du Code de commerce. »

### Sources :

Guide pour la qualité des relations contractuelles clients fournisseurs :  
[www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence)

---

<sup>4</sup> <http://www.economie.gouv.fr/cepc/abus-dans-relation-commerciale-sur-notion-desequilibre-significatif>

### c) Les règles de durée d'utilisation des produits chimiques

La DGCCRF précise que la réglementation générale sur l'étiquetage des produits chimiques<sup>5</sup> ainsi que la nouvelle réglementation (règlement CE n°1272/2008 « CLP » applicable aux substances et ultérieurement aux mélanges) **n'impose pas la mention d'une date limite d'utilisation des produits chimiques.**

Par contre, certaines réglementations supplémentaires prévoient la mention d'une date limite d'utilisation ou d'une date limite d'utilisation optimale, dont notamment :

- les produits **biocides** (arrêté du 19 mai 2004 relatif au contrôle de la mise sur le marché des substances actives biocides)
- les produits **phytopharmaceutiques** (arrêté du 6 septembre 1994 relatif au contrôle des produits phytopharmaceutiques)
- les produits **cosmétiques** (article R 5131-4 alinéa 4 du Code de la santé publique)

Les professionnels qui le souhaitent peuvent néanmoins apposer une date limite d'utilisation sur leurs produits sous leur entière responsabilité.

Les distributeurs de produits chimiques n'ont pas d'obligations réglementaires spécifiques, sauf celles de la date limite prévue sur les produits biocides qui conditionne l'efficacité de la substance active, dans l'écoulement des produits chimiques. Il leur appartient dans le cadre de leurs activités de négoce de gérer l'écoulement des stocks afin d'éviter éventuellement que des produits très anciens puissent être vendus et ne plus correspondre à l'usage que pourrait en attendre un consommateur.

**Si certains produits étaient munis d'une date limite d'utilisation optimale "volontairement" apposée par un fabricant, la gestion des produits ayant dépassé cette date relèverait des accords commerciaux signés entre le fabricant et le distributeur.**

---

<sup>5</sup> Réglementation sur les substances et préparations dangereuses - Arrêté du 20 avril 1994 relatif à la déclaration, la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances et arrêté du 9 novembre 2004 définissant les critères de classification et les conditions d'étiquetage et d'emballage des préparations.

#### **d) La convention unique ou le contrat-cadre annuel ou le plan d'affaires**

La LME a modifié l'article L441-7 du Code de commerce qui instaurait un contrat de coopération commerciale afin de formaliser les relations entre distributeur et fournisseur.

Le nouvel article L441-7 du Code de commerce établit une obligation pour le fournisseur et le distributeur de conclure une convention écrite qui « *indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application* ».

Cette convention annuelle est donc obligatoire. Elle doit comporter trois types d'informations:

« *1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L441-6 du Code de commerce.*

*2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;*

*3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.*

*Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu. »*

Il s'agit d'un contrat annuel qui doit être conclu chaque année avant le 1<sup>er</sup> mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Cette obligation ne s'applique pas aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L441-2-1 du Code de commerce (essentiellement des produits de la chasse et de la pêche).

Elle s'applique au fournisseur et au distributeur de produits en l'état, c'est-à-dire non destinés à être transformés par eux.

Si un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger, cette obligation s'applique dès lors que le contrat a un effet sur la revente de produits en France.

**Sanction :** Est puni d'une amende de 75.000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant à ces exigences.



Un jugement a été rendu sur ce point en 2010 par le tribunal de commerce de Gap (26 août 2010), même si le jugement est en appel.

Un distributeur était poursuivi pour non-respect de l'article L441-7 du Code de commerce, la DGCCRF ayant constaté à l'occasion d'un contrôle qu'il existait une convention mais qu'elle n'était pas appliquée.

Le jugement rappelle que la mission de la DGCCRF est de veiller au respect des obligations légales des différents acteurs économiques, afin de maintenir la concurrence.

Selon l'article L441-7 du Code de commerce, elle peut d'une part exiger la justification d'une convention unique devant notamment fixer les conditions de vente et les conditions dans lesquelles le distributeur s'oblige à rendre des services pour la commercialisation et les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale. Elle peut d'autre part contrôler la régularité de cette convention unique en vérifiant le respect des engagements. Elle peut de ce fait demander des justificatifs aux partenaires commerciaux.

Dans cette affaire pour autant, le tribunal relaxe le distributeur au motif qu'il est poursuivi pour défaut de justification de convention unique et non pour un manquement aux engagements qui en sont issus.

#### Sources :

L441-7 du Code de commerce

Bilan de l'action contentieuse et pénale de la DGCCRF en 2010  
[www.economie.gouv.fr/dgccrf/bilan-jurisprudence](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/bilan-jurisprudence)

## e) La force majeure

### 1°) Définition et critères

L'article 1148 du Code civil énonce qu' « *il n'y a lieu à aucuns (sic) dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.* »

Ainsi la force majeure est la circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il s'était engagé à exécuter. Cette force majeure permet une exonération de responsabilité : au vu des circonstances exceptionnelles la responsabilité d'une partie est levée, alors qu'elle aurait normalement dû être retenue, l'inexécution du contrat donnant lieu à des dommages et intérêts.

**Attention** : elle n'exonère de ses obligations le débiteur que pendant le temps où elle l'empêche d'exécuter la prestation à laquelle il s'était engagée (Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 22 février 2006).

Les trois critères traditionnels de définition de la force majeure sont les suivants : pour être qualifié de force majeure, l'événement doit être imprévisible, irrésistible et extérieur :

- **imprévisibilité** : on considère que si l'événement est prévisible, le préjudice pourra être évité ou limité par des mesures appropriées. On évalue donc le comportement avant l'événement pour évaluer si une personne prudente et diligente aurait pu anticiper l'événement. Le fait qu'il y ait un précédent rend aux yeux des juges l'événement prévisible (avalanche ou crue antérieures)
- **irrésistibilité** : l'événement a des effets irrésistibles, c'est-à-dire qu'il est insurmontable ou inévitable. L'appréciation de ce critère est assez stricte : ce n'est ni un simple empêchement ni une difficulté accrue à exécuter un contrat. Il s'agit de catastrophes naturelles (séisme, tempête), ou d'événements politiques majeurs (révolution, guerre). L'individu doit donc avoir été dans l'impossibilité d'agir autrement.
- **extériorité** : l'événement doit être extérieur à la personne qui est en cause, et doit être lié à une cause étrangère. Normalement, ce qui est intrinsèque à la personne ou à la chose concerné ne peut être considéré comme extérieur (maladie d'une personne ou vice caché d'une chose, cf Cass. civ. 3<sup>e</sup> 2 avril 2003).

Il faut noter que cette définition a été est mouvante : plus récemment les juges avaient considéré que l'extériorité n'était pas pertinente et avait qualifié de force majeure des circonstances internes à un agent comme une maladie, une grève, une situation de chômage ou d'absence de ressources. De même dans certaines affaires, le critère de l'imprévisibilité avait été écarté, au profit de l'inévitabilité, car la prévision ne permettait pas toujours d'empêcher les effets de l'événement.

Depuis 2006, la Cour de cassation a éclairci la situation : « *La force majeure libératoire s'entend d'un événement non seulement irrésistible mais aussi imprévisible, et il en est ainsi tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle* » (Cass. Plénière 14 avril 2006).

Au niveau européen, certains textes qui ont recours à cette notion ou certains arrêts de la Cour Européenne de Justice définissent la force majeure :

- la directive 92/12 du Conseil relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise, telle que modifiée par la directive 94/74, vise des circonstances étrangères à l'entrepositaire agréé, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées par celui-ci. La condition selon laquelle les circonstances doivent être étrangères à l'entrepositaire agréé ne se limite pas à des circonstances extérieures à celui-ci dans un sens matériel ou physique, mais vise également des circonstances qui apparaissent objectivement comme échappant au contrôle de l'entrepositaire agréé ou situées en dehors de la sphère de responsabilité de celui-ci

- la notion de force majeure doit être entendue dans le sens de circonstances étrangères à l'opérateur concerné, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées, de telle façon que des comportements des autorités publiques peuvent, selon les circonstances, constituer un cas de force majeure (CJCE 18 mars 1993, Firma Molkerei-Zentrale S. d)

#### 2°) Exemples de cas n'ayant pas été qualifiés de force majeure dans la jurisprudence :

- CJCE 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-18.003 :

*« Le vol du moteur des bateaux de plaisance de ses clients que le réparateur professionnel entrepose dans un hangar clos simplement fermé par deux cadenas, commis par suite de l'effraction desdits cadenas, ne constitue pas un cas de force majeure exonérant ce réparateur professionnel de sa responsabilité envers ses clients victimes du vol ».*

- Cass. soc. 5 avril 2006, pourvoi n° 04-46.439 :

*« L'incendie d'une usine ne constitue pas un cas de force majeure, quand l'activité de fabrication est interrompue mais que l'activité de commercialisation s'est poursuivie (...). En se bornant à relever la cessation de la production de l'usine, la liquidation du stock et le paiement des factures de livraison en cours, pour considérer que l'incendie constituait un cas de force majeure, sans rechercher s'il n'y avait pas eu maintien d'une activité de négoce, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1148 du Code civil. »*

- CJCE 17 juillet 1997 - Pascoal & Filhos, Ld.a contre Fazenda Publica :

Le fait que les autorités de l'Etat d'exportation aient délivré un certificat de circulation de marchandises, sans avoir procédé à aucun contrôle préalable pour vérifier l'origine réelle des marchandises concernées, ne constitue pas un cas de force majeure.

En effet, les autorités de l'Etat d'exportation ont le droit, et non l'obligation, d'effectuer un tel contrôle préalable. Dans ces conditions, n'est ni anormale, ni imprévisible une situation dans laquelle une dette douanière s'avère due ultérieurement alors que lesdites autorités avaient décidé, dans un cas particulier, de ne pas faire usage de cette faculté.

### 3°) Question-réponse de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) :

Dans l'avis n°11-06 de la CEPC relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle du secteur industriel, la deuxième question soumise était la suivante :

**Question :** « Est-il possible pour une entreprise, faute d'être livrée en matières premières pour cas de « force majeure » de s'exonérer elle-même auprès de son client d'une obligation contractuelle de son inexécution, ou de son retard d'exécution, ainsi que par voie de conséquence en paiement de dommages-intérêts et/ou de pénalités de retard en évoquant elle-même ce cas de « force majeure » qu'on lui oppose (et ce d'autant qu'en droit privé français, droit civil et commercial, la Cour de cassation a pris sur la question de l'imprévision une position extrêmement ferme en faveur de la force obligatoire des contrats et de la sécurité des transactions et rejette la « théorie de l'imprévision ») ?

Le risque pour les industriels est de provoquer une rupture de production chez leurs clients avec de lourdes conséquences économiques, sociales et financières : pénalités de retard de la part des clients, voire rupture des relations commerciales aux torts du fournisseur du fait du non-respect des délais de livraison. »

**Réponse :** La CEPC remarque qu'il ressort de l'étude du secteur concerné que les fournisseurs se déclarent en situation de force majeure pour des événements tenant :

- soit à des difficultés techniques internes ayant entraîné l'interruption du processus de fabrication dans certaines unités de production
- soit à des perturbations intervenues dans le transport des matières premières utilisées par les fournisseurs, par exemple : la baisse du niveau du Rhin pour des matières premières exclusivement transportées par barges sur ce fleuve

La CEPC y répond comme suit :

*« Aux termes de l'article 1148 du Code civil, « il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit ».*

Trois conditions sont requises : un événement ne constitue une force majeure que s'il présente le triple caractère d'imprévisibilité, d'irrésistibilité, et d'extériorité.

La jurisprudence ne se contente pas d'un événement qui rend l'exécution du contrat plus difficile, ou plus onéreuse : il n'y a pas de force majeure dès lors que l'exécution du contrat demeure matériellement possible, même si cette exécution est extrêmement onéreuse, fût-ce au point d'entraîner la ruine du débiteur [Soc. 20 février 1996, D. 96.633].

De même, l'évènement empêchant l'exécution de l'obligation du cocontractant n'est libératoire qu'à la condition de se produire en dehors de la sphère dont il doit répondre. « Ainsi, la défaillance du matériel ou du personnel qu'un contractant emploie à l'exécution du contrat peut être imprévisible et irrésistible pour lui ; mais comme elle est survenue à l'intérieur de son entreprise, il ne peut s'en prévaloir comme force majeure »<sup>6</sup>. La grève de personnels extérieurs à l'entreprise, même, ne constitue pas, en soi, un cas de force majeure : ainsi a été cassé pour violation des articles 1147 et 1148 du Code civil, le jugement rejetant la demande en garantie formée par une agence de voyages contre deux compagnies aériennes au motif que le vol prévu avait été annulé pour cause de grève du personnel, dès lors qu'il n'était pas soutenu que la grève aurait revêtu un caractère imprévisible et irrésistible dans son exécution [Civ. 1<sup>o</sup>, 24 septembre 2009, n<sup>o</sup> 08 18177].

Il en résulte que lorsque l'évènement mis en avant par le débiteur pour se soustraire à son obligation ne présente pas les caractères de la force majeure, son créancier est en droit de lui réclamer la réparation du préjudice résultant de l'inexécution totale ou partielle du contrat ou du retard dans son exécution, conformément à l'article 1147 du Code civil. En l'espèce, à l'exception, le cas échéant, du cas de grève allégué dans l'un des courriers notifiant la force majeure, les conditions de la force majeure n'apparaissent réunies à aucun stade de la chaîne économique évoqué par la Fédération :

- aucun des motifs avancés par les producteurs/fournisseurs de matières premières n'apparaît relever de la force majeure au sens du Code civil
- s'agissant de la relation contractuelle entre les adhérents de la fédération et leurs propres clients, les surcoûts exposés par les premiers pour exécuter leurs propres engagements démontrent, par eux-mêmes, que l'exécution du contrat n'était pas impossible

Toutefois, les surcoûts résultant de l'inexécution des engagements pris par les producteurs/fournisseurs pourraient justifier une action en réparation ainsi que le prévoit l'article 1147 du Code civil. »

#### 4<sup>o</sup>) La force majeure en droit international

La force majeure est inscrite au niveau international par plusieurs textes dont la Convention de Vienne de 1969. Elle est définie par la Commission du Droit International de l'ONU : « l'impossibilité d'agir légalement (...) est la situation dans laquelle un événement imprévu et extérieur à la volonté de celui qui l'invoque, le met dans l'incapacité absolue de respecter son obligation internationale en vertu du principe selon lequel à l'impossible nul n'est tenu ».

#### SOURCES

[www.dictionnaire-juridique.com](http://www.dictionnaire-juridique.com)

<http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-n%C2%B0-11-06-relatif-a-deux-questions-posees-par-federation-professionnelle-industrielle>

---

<sup>6</sup> J. Carbonnier, Les obligations, tome IV, n<sup>o</sup> 162 s. ; Terré, Simler, Lequette Les obligations, droit civil, Dalloz, n<sup>o</sup> 581 s

## **f) Les règles applicables au prix de remplacement en cas de défaut du fournisseur**

La DGCCRF indique que si le contrat ou, le cas échéant, les Conditions Générales de Vente du distributeur font mention d'une clause de révision des prix, alors la modification des tarifs est autorisée, dans la limite des termes de la clause. Toutefois un avenant modifiant les tarifs peut être négocié et accepté par les deux parties. En l'absence de clause ou d'avenant, le prix pratiqué doit être le prix négocié lors de la conclusion du contrat ou de la commande.

## **g) Les obligations du vendeur et de l'acheteur (garanties pour vices cachés et non-conformité)**

### 1°) Les obligations du vendeur :

Le Code civil met à la charge du vendeur des obligations (articles 1602 et 1603) :

- d'information ou de renseignement
- de délivrance d'un produit conforme à sa destination (à savoir à son usage attendu)
- de garantie (garantie d'éviction et garantie des vices cachés)

#### **a) obligation d'information**

Si le vendeur et l'acheteur sont des professionnels : le vendeur est tenu de renseigner l'acheteur dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques de la chose vendue.

Cette obligation d'information est renforcée pour certaines choses comme les matières dangereuses.

Cette obligation d'information est fondamentale et celui qui y est tenu doit, en cas de litige, rapporter la preuve qu'il a bien exécuté cette obligation (arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 25 février 1997).

D'autre part, si la chose vendue fait l'objet d'une revente, le sous-acquéreur bénéficie de la possibilité d'agir directement contre le vendeur initial pour manquement à son devoir d'information.

L'obligation d'information se décompose en :

- une obligation générale de renseigner l'acheteur pour lui permettre de faire un choix éclairé
- une obligation de mise en garde pour la vente de produits dangereux. Le vendeur doit alors informer l'acheteur de la dangerosité de la chose mais aussi des dangers et risques afférents à son utilisation
- une obligation de conseil, le cas échéant, sur l'opportunité d'acquérir plutôt tel ou tel produit, et sur la meilleure utilisation possible de la chose (en particulier pour les ventes d'ordinateurs et de logiciels)

#### **b) obligation de délivrance**

Elle est précisée aux articles 1604 à 1624 du Code civil et aux articles L111-1 et L111-2 du Code de la consommation.

Une fois que le transfert de propriété a eu lieu, le vendeur donne à l'acheteur la maîtrise de la chose vendue. En l'absence de clause spécifique, la délivrance consiste à laisser la chose à disposition de l'acheteur dans l'état où elle se trouve au moment de la vente (article 1614 du Code civil). Les frais d'enlèvement ou de livraison de la chose sont à la charge de l'acheteur (article 1608 du Code civil).

La délivrance doit se porter sur une chose conforme au contrat. Si la chose vendue n'est pas conforme à la description du contrat, le vendeur engage sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil.

La non-conformité s'apprécie de plusieurs manières, on identifie trois types de différences entre la chose vendue et la chose décrite au contrat :

- le défaut d'identité, comme par exemple la vente d'un autre modèle que celui prévu au contrat
- le défaut de quantité, comme par exemple la vente d'une surface ou d'un tonnage différent que celui ou celle prévu(e) au contrat
- le défaut de qualité, comme par exemple un même véhicule étant vendu avec des caractéristiques techniques différentes ou un produit étant vendu avec des propriétés différentes.

**Attention** : il faut bien différencier ce défaut de conformité entre la chose reçue et la chose décrite dans le contrat, d'avec les vices cachés d'une chose, qui donnent droit à d'autres actions. On entend par vice caché un vice qui n'est pas apparent et rend impropre la chose vendue à l'usage auquel l'acheteur la destinait ;

- si la chose reçue est une autre chose que celle qui faisait l'objet du contrat, il y a défaut de conformité

- si la chose reçue est de moins bonne qualité comparée à l'usage qu'on en attendait et alors qu'elle correspond à la description du contrat, il s'agit d'un vice, qui peut être soit apparent à la réception du produit (et qu'il faut alors dénoncer), soit caché, à savoir qu'il ne se révèle qu'à l'usage

Il est nécessaire de différencier ces deux situations car elles ouvrent des possibilités différentes en matière d'action en justice :

- l'acheteur pourra recourir à la garantie légale de conformité dans les deux ans suivant la délivrance du bien
- il pourra recourir à la garantie des vices cachés (sur fondement de l'article 1641 du Code civil) dans les deux ans suivant la découverte du vice

### **c) obligations de garantie**

L'obligation de garantie est une obligation principale du vendeur, selon l'article 1603 du Code civil. L'article 1625 précise sa portée :

- la possession paisible de la chose vendue (= garantie d'éviction)
- les défauts cachés de la vente (= garantie des vices cachés).



- La garantie d'éviction :

Le vendeur doit protéger l'acheteur contre les perturbations quelles qu'elles soient, qui pourraient provenir du vendeur ou d'un tiers et qui seraient susceptibles d'entraver la possession paisible de la chose par l'acheteur.

C'est une double garantie (article 1626 du Code civil) :

- contre le fait personnel du vendeur : par exemple l'obligation de non-concurrence du cédant de fonds de commerce est une garantie d'éviction du fait personnel du vendeur contre l'hypothèse où le vendeur reprenne une partie du fonds de commerce, à savoir la clientèle.

Toute clause de non garantie qui tendrait à écarter la garantie du fait personnel du vendeur ne serait pas valable.

- contre le fait d'un tiers: par exemple le fait pour un tiers d'invoquer à bon droit la propriété d'un domaine ou d'un brevet qui a été cédé à tort et qui engendre l'éviction de l'acheteur.

Si le tiers est propriétaire et que l'éviction de l'acheteur est totale, alors la garantie d'éviction est totale.

Toute clause de non garantie qui tendrait à écarter la garantie du fait d'un tiers ne présente qu'un effet limité : le vendeur devra tout de même restituer le prix de la chose mais ne devra pas les autres charges (dommages et intérêts). S'il est prouvé que le vendeur connaissait les risques d'éviction du fait du tiers, la clause n'est pas valable.

- La garantie des vices cachés

L'article 1641 du Code civil dispose que « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. ».

Quelles sont les conditions de la garantie des vices cachés ?

L'acheteur doit être en présence d'un :

- vice, c'est-à-dire un défaut qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine
- qui soit caché, c'est-à-dire l'acheteur doit ignorer l'existence du vice, le vice ne doit pas non plus être décelable après une petite vérification.

Pour l'acheteur professionnel, les juges présument qu'il connaissait le vice, et c'est à l'acheteur de démontrer que le vice n'aurait pu être décelé que moyennement des moyens d'investigation approfondis que lui permettaient son niveau de connaissance, ou s'il démontre qu'il y a dol du vendeur, à savoir que le vendeur a délibérément fait du tort à l'acheteur.



- et antérieur à la vente : le vendeur assume les vices apparus après la vente mais uniquement s'ils étaient déjà en germe avant la vente, sinon il s'agit de vices apparents.

Le délai pour agir sur le fondement de la garantie des vices cachés est un délai bref qui doit être inférieur à deux ans. C'est à l'acheteur de prouver qu'il y a bien un vice caché.

L'acheteur a le choix entre deux actions possibles (article 1644 du Code civil) :

- une action dite rédhibitoire : il peut rendre la chose et se faire rembourser le prix
- une action dite estimatoire : il peut se faire rembourser une partie du prix

S'il est avéré que le vendeur connaissait les vices de la chose, l'acheteur peut également demander des dommages et intérêts.

Selon les juges, cette possibilité d'agir en garantie des vices cachés est transmise en cas de revente au sous-acquéreur. Le sous-acquéreur peut agir mais peut aussi se voir opposer une clause limitative de responsabilité ou bien une clause compromissaire<sup>7</sup> contenue dans le contrat qui lie le fabricant et le vendeur intermédiaire. De même, le sous-acquéreur qui souhaite rendre la chose n'obtiendra du fabricant que la restitution du prix de la première vente, à savoir celle conclue entre le fabricant et le vendeur intermédiaire, même si la valeur du bien a changé entre temps.

En conclusion, l'acheteur peut donc faire jouer :

- la garantie légale de conformité (articles L211-4 à L211-14 du Code de la consommation)
- la garantie légale contre les vices cachés (articles 1641 à 1649 du Code civil)
- la garantie contractuelle dite aussi commerciale ou conventionnelle (articles L211-15 et L211-16 du Code de la consommation)

## 2°) Les obligations de l'acheteur

Il met également à la charge de l'acheteur des obligations de :

- payer le prix convenu avec le cas échéant des intérêts de retard, ainsi que les frais de la vente (1595 du Code civil)
- retirer la chose acquise et vérifier au moment de la réception d'éventuels défauts de conformité ou vices apparents, pour émettre, le cas échéant des réserves sur l'état de la chose reçue ; une réception sans réserve ne permet plus par la suite d'agir contre le vendeur en défaut de conformité, mais seulement sur le terrain des vices cachés

Si l'acheteur ne retire pas la chose achetée, il est soumis à sanction, pour éviter que le vendeur ne soit trop encombré. L'article 1657 du Code civil prévoit que le vendeur peut mettre fin au

---

<sup>7</sup> La clause compromissaire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage, et non à un juge, les litiges qui pourraient naître à l'occasion de la conclusion, de l'exécution ou encore de la rupture dudit contrat.

contrat de plein droit. La jurisprudence précise que l'acheteur doit d'abord avoir été mis en demeure de retirer son produit.

Brochure sur les différents types de garantie :

[http://www.bercy.gouv.fr/directions\\_services/dgccrf/documentation/publications/depliants/garanties.pdf](http://www.bercy.gouv.fr/directions_services/dgccrf/documentation/publications/depliants/garanties.pdf)

## B) GESTION DE LA NEGOCIATION ET DROIT DE LA CONCURRENCE

### 1. Comportement à adopter vis-à-vis des concurrents

Un concurrent en droit de la concurrence est un concurrent actuel ou bien potentiel, c'est un acteur du marché qui investit sur le marché ou qui est susceptible d'investir sur le marché en cause. Un concurrent peut, dans le secteur du commerce chimique, être également un fournisseur ou un client, donc la prudence est de mise lors des discussions.

#### a) échange d'informations

##### - ce que vous pouvez faire :

discuter d'informations qui sont publiques et dont on a identifié la source  
recevoir des informations publiques générales et indépendantes des informations concernant les concurrents

##### - ce qui est sensible et nécessite un avis juridique :

discuter d'un projet d'entreprise commune, dans le domaine de la distribution par exemple

##### - ce que vous ne pouvez pas faire :

discuter d'informations confidentielles ou stratégiques (contenu des contrats avec les fournisseurs)

discuter de la politique commerciale de l'entreprise : prix, marges, remises, conditions générales de vente/d'achat, augmentation ou réduction des capacités de production, clients et leur solvabilité

se mettre d'accord sur les prix, les remises, des quotas de production

se répartir les ventes, les zones géographiques, les produits, les clients, les fournisseurs

#### b) réunion ou rencontre informelle via des associations professionnelles

Les associations professionnelles rassemblent les professionnels d'un même secteur et donc des entreprises concurrentes. Leurs réunions comme toutes les rencontres organisées par ces structures sont autant d'occasions où les échanges entre concurrents sont susceptibles de basculer vers des échanges illicites.

Il faut donc s'assurer à l'avance de la teneur des discussions et pour cela s'assurer qu'il y ait un ordre du jour pré-établi pour chaque réunion. De la même manière, il faut veiller à l'établissement d'un procès-verbal ou d'un compte-rendu à l'issue de toutes les réunions au sein d'une association professionnelle.

Les participants à la réunion sont invités à bien examiner le compte-rendu et à vérifier que l'ensemble des éléments discutés durant la réunion y figure. Il est recommandé de porter à la connaissance de l'association en temps utile tout oubli qui aurait pu être fait.

En ce qui concerne la participation à des rencontres informelles, comme des événements sociaux annuels (événement sportif, réception, cocktail etc.), elle présente également des risques d'échanges illicites avec les concurrents. Il est donc recommandé d'être vigilant dans ses échanges et de veiller à ne pas divulguer d'information confidentielle.

**- ce que vous pouvez faire :**

se rendre à une réunion d'une association professionnelle dont on est membre, en connaissant l'ordre du jour et en vérifiant le contenu du compte-rendu a posteriori  
discuter des informations qui sont publiques et dont on a identifié la source  
conserver une copie des informations échangées (statistiques officielles sur le secteur par exemple)

**- ce que vous ne pouvez pas faire :**

discuter ou échanger des informations sensibles

## **2. Comportement en cas de visite surprise des autorités de concurrence**

La Commission européenne, la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence sont autant d'autorités qui peuvent effectuer des visites inopinées.

Les enquêtes des autorités de concurrence sont variées : demande d'information ponctuelle, demande d'audition ou prise de rendez-vous pour un entretien dans les locaux de l'entreprise, et enfin enquête surprise (perquisition des locaux et éventuellement du domicile du dirigeant de l'entreprise).

Dans ce dernier cas, si des enquêteurs arrivent à l'accueil de l'entreprise, l'inspection ne pouvant avoir lieu légalement qu'entre 6h et 21h, les consignes à suivre sont les suivantes :

- prévenir tout de suite les juristes de l'entreprise qui apporteront leur aide sur place
- demander aux inspecteurs l'ordonnance de la visite et de saisie, qui est délivrée par un juge des libertés ou encore la décision de la Commission européenne concernée
- délimiter le champ d'application de l'enquête et son objet
- vérifier que les inspecteurs sont bien accompagnés d'un officier de police judiciaire et ce, pendant toute la durée de la visite
- vérifier que les inspecteurs sont toujours accompagnés d'un salarié et jamais seuls ; il est d'usage d'avoir un salarié pour un inspecteur
- ne surtout pas détruire ou cacher des documents ou fichiers de l'entreprise en pensant bien faire ; les documents seront toujours récupérés d'une façon ou d'une autre de toute manière
- les enquêteurs peuvent prendre connaissance et copie de tout document sauf :
  - les documents de nature privée (à savoir documents dans un sac à main, sur une clé USB, sauf agenda professionnel)
  - les correspondances entre avocat externe et entreprise - car elles sont soumises au secret professionnel – ainsi que les mémos des juristes de l'entreprise reprenant les conclusions ou recommandations des avocats externes

- toute pièce se rapportant à des activités voire à des infractions qui sont en dehors du champ visé par l'autorisation du juge ou la décision de la Commission.
  - les fouilles au corps sont interdites
- ne jamais ôter les scellés qui ont été apposés par les inspecteurs, même si ces documents ne vous semblent pas relever des documents que les inspecteurs sont autorisés à copier ou emporter ; il existe pour cela une procédure de plainte à la DGCCRF et à la Commission européenne ; ces scellés peuvent être mis sur des portes de bureau ou de placards ou bien sur des lots de documents. Des sanctions très importantes sont prévues en cas de violation des scellés (jusqu'à 1% du chiffre d'affaires mondial du groupe).
- à la fin de la visite, un procès-verbal doit être dressé sur place par les inspecteurs ; le lire et ajouter « sous toutes réserves » avant de le signer.
- vérifier que vous possédez bien une copie intégrale des documents qui sont emportés par les enquêteurs.

Plus d'informations sur les contrôles de la DGCCRF :

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Controles-de-la-DGCCRF>

### **3. Comportement à adopter vis-à-vis des fournisseurs et des clients**

#### ***a) relation avec les fournisseurs***

La société peut avoir pour fournisseur un concurrent, en ce qu'il exécute également des prestations de distribution.

La relation entre un fournisseur et son distributeur peut être collusive c'est-à-dire engendrer une situation d'entente verticale et donner lieu à des accords qui verrouillent le marché et entrave le jeu de la libre concurrence.

Ainsi, ces relations ont été examinées de près par les autorités de la concurrence et réglementées depuis plusieurs années. A l'heure actuelle, c'est le règlement n°330/2010 et ses lignes directrices qui régulent les relations verticales entre fournisseur et distributeur.

Pour cette raison les contacts entre fournisseur et distributeur peuvent également représenter des occasions d'échanges d'informations ou de pratiques qui peuvent être répréhensibles.

En résumé :

#### **- ce que vous pouvez faire :**

établir des accords sur la qualité, la quantité, les spécifications des produits, l'emballage, les délais de livraison etc.

**- ce qui est sensible et nécessite avis juridique :**

conclure un contrat d'achat avec un concurrent  
désigner un acheteur exclusif

**- ce qui est interdit :**

s'accorder sur un prix de revente  
exiger de son fournisseur des informations sur d'autres de ses clients

***b) relation avec les clients***

La société peut avoir pour client un concurrent, en ce qu'il exécute également des prestations de revente.

De même, la relation entre un distributeur et son client peut tomber sous le coup de la réglementation des accords verticaux car le distributeur est un fournisseur pour son client.

**- ce que vous pouvez faire :**

Octroyer des remises non discriminatoires

Recommander ou conseiller un prix de vente sans qu'il ne soit en réalité un prix minimal (il le sera s'il y a un contrôle de la politique de prix du client)

Imposer un prix de vente maximal sans qu'il ne soit en réalité un prix de vente fixe (il le sera s'il est très bas par exemple)

En cas d'exclusivité, interdire toute activité de vente active ou de promotion à l'extérieur du territoire visé par l'exclusivité.

**- ce qui est sensible et nécessite avis juridique :**

Conclure un contrat de vente avec un concurrent

Imposer une obligation de non-concurrence

Mettre en œuvre un système de distribution exclusive ou sélective

Refuser de vendre

Mettre fin à un contrat avec un acheteur régulier (avec antériorité des relations commerciales)

Pratiquer des prix très agressifs pouvant éliminer un concurrent

Insérer au contrat une clause de l'offre concurrente

**- ce que vous ne pouvez pas faire :**

Imposer à l'acheteur un prix de vente

Avoir des conditions tarifaires discriminantes (sauf pour les Conditions Particulières de Vente pour lesquelles une approche catégorielle est admise, sous condition)

Interdire les ventes passives (= répondre à des demandes non sollicitées de clients établis hors du territoire exclusif) en cas d'exclusivité

Interdire ou restreindre toute exportation au sein de l'Union Européenne

Sources :

Règlement n°330/2010 et ses lignes directrices

Guide Total et guide GDF Suez de bonnes pratiques en droit de la concurrence

## C) CONTENU DES CONTRATS

### 1. Définitions préalables

#### a) Marché pertinent, notion d'approvisionnement, part de marché

##### 1°) Définition générale

Le marché pertinent, ou le marché en cause, est l'espace économique où l'on examine la pratique d'une ou plusieurs entreprises pour déterminer si les comportements sont licites ou non.

Il n'y a donc pas un marché pertinent en général, mais l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne identifient un marché pertinent au cas par cas suivant les pratiques et les caractéristiques du domaine d'activité.

Ce marché est doublement défini par la Commission : c'est le « marché-produits » et le marché géographique.

- Marché-produits : « un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auxquels ils sont destinés ».

C'est donc l'ensemble des produits qui sont susceptibles de répondre à un même besoin, d'une même catégorie de demandeurs, pour cette raison on cherche à évaluer à quel point les produits sont substituables entre eux.

- Marché géographique : « le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ».

C'est donc l'espace dans lequel la clientèle a la possibilité d'arbitrer entre les différentes sources d'approvisionnement. En recherchant à délimiter un espace où les conditions de concurrence sont assez homogènes, on cherche à évaluer l'accessibilité aux biens et services.

##### 2°) Cas des accords verticaux

Pour examiner les pratiques des entreprises et pour que celles-ci prennent conscience des effets de leurs accords, on cherche à définir un marché pertinent à une activité.

Le règlement définit le marché pertinent pour examiner les accords verticaux, comme étant le marché amont de l'approvisionnement. Il ne s'agit donc pas du marché aval et donc de la zone de chalandise, même si on utilise ce marché aval pour analyser les effets sur les consommateurs.



On utilise le marché amont de l'approvisionnement pour calculer les parts de marché.

### 3°) Distinction approvisionnement et distribution

Il faut distinguer le marché amont, celui de l'approvisionnement, du marché aval, celui de la distribution :

○ Le marché de l'approvisionnement :

C'est celui sur lequel les entreprises acheteuses (= client) sont en contact en tant que client avec les entreprises qui fabriquent les produits qui sont revendus (= fournisseur). C'est donc à la fois le marché sur lequel le fournisseur vend des biens, et le marché sur lequel l'acheteur acquiert des biens.

○ Le marché de la distribution :

C'est celui sur lequel les entreprises qui revendent (= distributeur) sont en contact, en tant que fournisseur, avec les entreprises qui rachètent (= client), qu'elles soient professionnelles ou consommateurs finals.

### 4°) Les parts de marché et le pouvoir de marché

- Part de marché (cf calcul en annexe) : c'est un ratio qui permet de mesurer, à un moment donné, la position d'un acteur économique sur un marché. Il s'agit du rapport entre la position de l'entreprise (en termes de chiffres d'affaires, ou du volume de vente, ou encore du portefeuille de clients) et ces mêmes critères sur le marché global. La part de marché est donc une donnée quantitative.
- Pouvoir de marché : le pouvoir de marché n'est pas un chiffre mais une donnée qualitative : on l'estime à partir de différents indices comme la concentration du marché. On peut le définir comme étant la capacité pour une entreprise d'augmenter, seule, ses prix sur un marché de manière rentable tout en conservant ses clients. C'est le comportement de la demande qui servira notamment d'indice à l'évaluation du pouvoir de marché,

Sources : Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03) articles 7 et 8, Lignes directrices du règlement n°330/2010

## b) Vente active et vente passive

### Définition :

Les ventes actives sont caractérisées par le fait de démarcher activement la clientèle, alors que les ventes passives sont le fait pour une entreprise de répondre à une demande non sollicitée et de satisfaire cette demande en livrant des biens.

Les lignes directrices du règlement n°330/2010 donnent les précisions suivantes :

- exemples de vente active : publipostage, envoi de courriels non sollicités, visites, prospection d'une clientèle déterminée à l'intérieur d'un territoire donné, des annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle située dans ce territoire

NB : « La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire. ».

- exemples de vente passive : « Toute publicité ou action de promotion générale, qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle – par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire – est considérée comme une vente passive. »

NB : « La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs »

Source : Communication de la Commission – lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, point 51

## c) Distribution sélective et distribution exclusive

### 1°) Définition : distribution sélective

Le règlement n°330/2010 définit la distribution sélective comme étant un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou services contractuels, directement ou indirectement qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système.

### 2°) Définition : distribution exclusive

La distribution exclusive est un système de distribution en vertu duquel un producteur ne confie la distribution sur le marché de ses produits, sur un territoire déterminé, qu'à un seul ou qu'à un nombre limité de distributeurs.

Le ou les distributeurs bénéficie(nt) alors de l'exclusivité de la diffusion de ces produits.

### Sources :

Règlement n°330/2010

Dictionnaire juridique : <http://www.jureka.fr/dico-francais-droit>

#### **d) Accord vertical et restriction verticale**

Accord vertical : « accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concerne les conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ».

Restriction verticale : restriction de concurrence dans le cadre d'un accord vertical qui entre dans le champ d'application de l'article 101 paragraphe 1 du TFUE. Le règlement différencie les restrictions caractérisées de concurrence (ou clauses noires) et les restrictions exclues de concurrence.

Il faut donc plusieurs acteurs pour former un accord vertical.

**Attention : un comportement unilatéral n'est pas l'objet de ce règlement mais il peut être contraire aux dispositions de l'article 102 du TFUE qui interdit les abus de position dominante.**

Sources : règlement n°330/2010 et lignes directrices

## 2. Clauses thématiques

### FICHE 1 : Le contrat de distribution

Le contrat de distribution ou le contrat d'approvisionnement est un contrat de vente ou d'achat, ou bien c'est un contrat cadre qui s'accompagne de contrats d'application successifs.

Il contient certaines mentions, notamment :

- une description du produit vendu et de ses caractéristiques qui permet à sa réception d'évaluer s'il est conforme ou non au contrat (voir fiche sur les garanties)
- le prix de la chose, qui doit être déterminé par le contrat ou déterminable, le contrat exposant dans ce dernier cas la méthode de calcul du prix
- des éléments sur l'identité des cocontractants
- des éléments sur les territoires concernés
- des éléments sur les canaux de distribution,
- des éléments sur le degré de l'exclusivité accordée, sa durée ainsi que les obligations des parties qui y sont afférentes (non-concurrence, reporting régulier etc.)

#### 1°) La détermination du prix dans le contrat de vente (articles 1129 et 1591 du Code civil) :

La jurisprudence est abondante concernant les contrats cadre ; étant qualifiés de contrats à exécution successive, le prix ne peut être fixé définitivement et sera fixé plus tard. La jurisprudence exige alors que le contrat fasse mention des éléments qui permettent de déterminer le prix ; ils doivent ainsi être :

- précis, à savoir aucun autre élément ne doit être nécessaire à la fixation du prix par la suite
- et objectifs, c'est-à-dire non laissé à l'arbitraire d'une partie.

Pour satisfaire à cette double exigence, les parties ont parfois prévu une clause de détermination du prix par un tiers ou encore une clause d'indexation du prix.

De plus, les parties peuvent recourir à une clause faisant mention du « prix de marché » (exemple : le prix sera celui sur le marché le jour de la livraison du produit). Cette dernière clause est admise, sauf si le vendeur a une position dominante sur le marché car alors le prix devient subjectif puisqu'il est déterminé par l'acteur principal du marché.

Il est donc important que le mode de détermination du prix soit objectif c'est-à-dire ne soit pas le fait unilatéral du vendeur.

Il est à noter que le juge ne décide en aucun cas lui-même du prix.

#### 2°) Le transfert de propriété :

En tant que contrat de vente/d'achat, c'est un contrat dit consensuel, ce qui signifie qu'il emporte transfert de propriété dès le contrat conclu, même avant la remise effective de la chose vendue, sauf en cas de clause de réserve de propriété, clause qui a pour effet de suspendre le transfert de propriété jusqu'à la réalisation d'un événement ou bien tant qu'une situation perdure (défaut de paiement par exemple).

Le transfert de propriété implique donc un transfert de risque, et ce transfert s'effectue donc au moment de la conclusion de la vente, même si le vendeur a encore la garde de la chose vendue, puisqu'elle n'a pas encore été livrée à l'acheteur.

C'est un point qui différencie le contrat de vente du contrat de bail, qui ne transfère pas de droit réel sur la chose.

## FICHE 2 : Les spécificités du contrat d'agence

### 1°) Définition

L'agent commercial et son statut sont définis à l'article L134-1 du Code de commerce et suivants.

Un agent (ou agent commercial) est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant) soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de :

- la vente de biens ou de services fournis par le commettant
- ou de l'achat de biens ou de services par le commettant

### 2°) Droits et obligations dans la relation agent-commettant en Europe

L'agent doit, dans l'exercice de ses activités :

- veiller aux intérêts du commettant, et agir loyalement et de bonne foi (l'obligation de loyauté implique que, même en l'absence d'exclusivité, l'agent commercial est tenu d'informer son mandant pour obtenir son autorisation au cas où il voudrait mener des activités similaires avec un concurrent)

Son obligation de loyauté implique de

- s'employer comme il se doit à la négociation et, le cas échéant, à la conclusion des opérations dont il est chargé
- communiquer au commettant toute information nécessaire dont il dispose (voir fiche sur la remontée d'informations)
- se conformer aux instructions raisonnables données par le commettant

Le commettant doit :

- mettre à la disposition de l'agent commercial la documentation nécessaire qui a trait aux marchandises concernées
- procurer à l'agent commercial les informations nécessaires à l'exécution du contrat d'agence, notamment aviser l'agent commercial dans un délai raisonnable dès qu'il prévoit que le volume des opérations commerciales sera sensiblement inférieur à celui auquel l'agent commercial aurait pu normalement prétendre
- informer l'agent commercial, dans un délai raisonnable, de son acceptation, de son refus ou de l'inexécution d'une opération commerciale qu'il lui a apportée

A retenir : la relation agent-commettant est soumise à une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information

### 3°) Relation d'agence et risques financiers

Les lignes directrices du règlement n°330/2010 rappellent que le facteur déterminant pour qualifier un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné.

NB : le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou plusieurs commettants est sans incidence, de même que l'intitulé du contrat qui lie l'agent et le commettant (e.g. « contrat de distribution », « contrat d'approvisionnement »).

Il y a trois types de risque possibles :

- les risques propres à chaque contrat et directement liés aux contrats conclus ou négociés par l'agent, par exemple le financement des stocks
- les risques liés aux investissements propres au marché : ce sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, à savoir ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure/négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, à savoir qu'ils ne peuvent servir ou être revendus pour d'autres activités une fois l'activité initiale abandonnée.
- les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits et pour lesquelles l'agent est impliqué à ses propres risques.

**Attention :** « Aux fins de l'application de l'article 101 paragraphe 1 du Traité<sup>8</sup>, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de service d'agence en général comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation »<sup>9</sup>

Indices :

Selon les lignes directrices (point 16) du règlement n°330/2010, « aux fins de l'application de l'article 101 paragraphe 1 du Traité, un accord sera donc généralement considéré comme un

---

<sup>8</sup> Article 101§1 TFUE: « 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

<sup>9</sup>Point 15 des lignes directrices 2010/C 130/01 sur les restrictions verticales (liées au règlement n°330/2010)



*contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou bien lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels* » et qu'il :

- ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens (...), y compris les coûts de transport des biens. Il en va différemment si l'agent effectue le transport et que les coûts sont couverts par le commettant)
- ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens, et ne supporte pas notamment le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks, et peut retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins que sa responsabilité pour faute ne soit engagée
- n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard
- n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, hors perte de sa commission, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée
- n'est pas tenu, directement ou indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, telles qu'une contribution au budget publicitaire du commettant
- ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel, sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant
- ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant, sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.

Les lignes directrices précisent au point 17 que « *Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques et coûts cités (...) [précédemment] l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence* ».

NB : spécificité du contrat d'agence :

- En cas d'exclusivité et lorsqu'il est en charge d'un secteur géographique particulier, l'agent a droit à une commission afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur même si l'affaire a été conclue sans son intervention.

*Voir la fiche 10 « Rupture brutale ou abusive du contrat » pour le cas des indemnités et du préavis de rupture du contrat d'agence*

#### Sources :

##### *Sources légales :*

Lignes directrices du règlement n°330/2010

Directive n°86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants

Article L134-1 et suivants du Code de commerce (issu de la loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants)

##### *Jurisprudence :*

CJCE 12 déc. 1996, affaire C104/95,

Cass. com. 28 nov. 1998 pourvoi 96-22.582

Cass. com. 15 mai 2007 (obligation de loyauté fondée sur l'article 1134-3 du Code de commerce)

TUE 15 sept 2005 Daimler Chrysler c/Commission T-325/01  
CJUE 14 déc. 2006 Confederacion Espanola de Estaciones de Servicio/CEPSA C-217/05  
CJUE 11 sept 2008 CEPSA/LV Tobar e Hijos C-279/06

<http://www.dictionnaire-juridique.com>

### FICHE 3 : La durée des contrats et leur renouvellement

Il existe en droit la règle de la prohibition des engagements perpétuels (article 1780 alinéa 2 du Code civil) qui vise à sauvegarder la liberté des cocontractants et à éviter la paralysie des opérateurs économiques.

Le législateur est intervenu ponctuellement pour plafonner la durée légale de certains contrats ou pour permettre plus facilement à l'une des parties de mettre fin au contrat en particulier en droit de la concurrence.

Le Code de commerce, dans ses articles L330-1 et L330-2, limite ainsi à dix ans la durée des clauses d'exclusivité d'approvisionnement et ce même si le contrat est suivi d'autres engagements qui portent sur le même type de biens pour éviter qu'une nouvelle clause d'exclusivité de dix ans, qui serait stipulée à chaque contrat ne perpétue ainsi l'exclusivité.

A noter que le règlement n°330/2010 est plus strict en établissant une durée maximale de cinq ans pour l'exclusivité.

Les sanctions mises en œuvre pour non-respect de ces durées maximales sont en général des réductions de durée du contrat, plutôt que des nullités du contrat visé.

Le juge apprécie le caractère excessif ou non de la durée du contrat en fonction du caractère contraignant des obligations y figurant.

Renouvellement ou non d'un contrat à durée déterminée : la jurisprudence rappelle le droit de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée parvenu à échéance (Cass. com. 6 juin 2001). Il faut cependant distinguer le cas des contrats de distribution sélective pour lesquels, sauf changement de situation, du distributeur ou des exigences du fournisseur, le renouvellement est de droit dès lors que le distributeur remplit toujours les critères objectifs. (Cass. com. 27 avril 1993, CA Paris, arrêt 02/16281 du 17 novembre 2004)

Quand le législateur n'utilise pas de durée maximale, il protège la partie faible au contrat en facilitant les ruptures unilatérales du contrat (voir fiche sur résiliation et clause de sortie du contrat, voir fiche sur rupture brutale des relations commerciales).

Source : Jurisclasseur Contrats-Distribution Fascicule 175 cote 01-2011

## FICHE 4 : La clause de révision de prix

### Définition :

Une clause de révision de prix est une clause insérée dans un contrat permettant au vendeur de biens ou à un prestataire de service de modifier (généralement à la hausse) le prix de ses produits ou de ses services en fonction des variations économiques.

L'augmentation des prix des matières premières a montré les limites des contrats sans clause de révision de prix.

De ce fait, certaines pratiques sont susceptibles d'être répréhensibles (article L442-6-II-a) du Code de commerce) dont :

- la conclusion d'un contrat de longue durée sans clause de révision de prix alors qu'il est difficile pour un fournisseur de prévoir et maîtriser tous les paramètres économiques tels que la variation du coût des matières premières, l'évolution des contraintes réglementaires, des devises etc. En effet, le donneur d'ordre refuse de prendre en charge l'augmentation du coût des matières premières et laisse le soin à son sous-traitant d'absorber en totalité les charges supplémentaires
- les baisses de prix imposées unilatéralement sur des contrats supérieurs à trois mois avec un calendrier de baisse de prix sans lien avec la capacité réelle à dégager des gains de productivité et sans prendre, en retour, aucun engagement de volume ou de durée
- les contrats français en devises étrangères ou l'absence de clause d'actualisation au regard de la fluctuation des devises
- des cahiers des charges modifiés sans réajustement de prix
- l'insertion dans le contrat d'une clause de compétitivité à déclenchement automatique (ou clause d'offre concurrente) qui permet à son bénéficiaire de demander à l'autre partie de s'aligner sur l'offre d'un concurrent
- l'absence de rémunération des efforts du sous-traitant à l'égard du donneur d'ordre en termes de logiciel, d'études, de savoir-faire etc.

Il est tout de même nécessaire que cette clause précise la manière dont le prix va évoluer : qu'elle indique comment la variation sera calculée et à quels moments, sans oublier la date d'établissement du prix initial.

### Sources :

[www.jureka.fr/dico-francais-droit](http://www.jureka.fr/dico-francais-droit)

[www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence)

## FICHE 5 : La remontée d'informations du distributeur au fournisseur

Dans la pratique il arrive que le fournisseur demande à son distributeur exclusif des informations sur ses ventes (clients, prix, volumes, statistiques de vente, etc.).

Pour être en ligne avec le droit de la concurrence, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) rappelle que ces demandes peuvent dans certains cas caractériser une restriction des ventes actives et/ou passives, qui est interdite par le règlement communautaire. Pour autant, seule une analyse au cas par cas permet de trancher. Voici quelques principes à respecter pour se prémunir contre ce risque :

- les demandes d'informations ne doivent en aucun cas avoir pour finalité une ingérence dans la politique de prix du distributeur ; le distributeur doit seul rester libre de déterminer son prix de vente ; il pourrait être reproché à un distributeur qui communique ses prix à son fournisseur un comportement collusif
- l'exigence de remontée d'informations du distributeur au fournisseur doit être inscrite dans le contrat avec des précisions sur le type d'informations demandées en contrepartie de l'octroi de l'exclusivité et la régularité des remontées d'information
- selon une réponse faite par la DGCCRF à l'UFCC en date du 19 novembre 2010, une demande d'information qui concerne les ventes par produits et clients en volume est susceptible de caractériser une restriction des ventes actives et/ou passives prohibées par le règlement n°330/2010 au terme d'une analyse au cas par cas
- une demande d'information qui concernerait les prix ou les marges pratiqués par le distributeur est très sensible dans la mesure où elle pourrait être la manifestation d'une ingérence dans la politique commerciale du distributeur

## FICHE 6 : La clause d'exclusivité

### 1°) Définition de la clause d'exclusivité

Les lignes directrices du règlement n°330/2010 définissent la clause d'exclusivité comme la clause par laquelle le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé. Dans le même temps le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs).

### 2°) Les risques liés à l'usage d'une clause d'exclusivité

Les principaux risques liés à la mise en œuvre d'une clause d'exclusivité sont d'une part l'affaiblissement de la concurrence « intra-marque », c'est-à-dire entre les produits d'une même marque, ainsi que celui de cloisonner le marché si les fournisseurs ont un recours fréquent à ce type de clause, alors cela peut faciliter une discrimination illégale par les prix, en fonction des territoires par exemple.

Ce type de clause, si son usage est généralisé, peut mener à atténuer la concurrence en augmentant le risque d'entente, au niveau des fournisseurs comme des distributeurs. Enfin ce schéma peut conduire globalement à un verrouillage du marché, le rendant inaccessible aux autres distributeurs.

### 3°) Formalisme

Il est vivement recommandé que l'exclusivité soit écrite et que ses modalités soient explicitées, car l'exclusivité d'un contrat de distribution ne se présume pas.

Ainsi il faut préciser dans une clause d'exclusivité :

- le ou les produits concerné(s)
- le territoire concerné (cela peut aller d'une agglomération à un ensemble de pays comme l'Union européenne)
- la durée de l'exclusivité

### 4°) La durée de l'exclusivité

La durée de la clause d'exclusivité ne peut être supérieure à la durée du contrat, ni supérieure à une durée de dix ans, selon l'article L330-1 du Code de commerce. La Cour de cassation (Cass. com. 7 avril 1992) a confirmé que « cette durée maximale de la clause d'exclusivité s'applique à tout engagement d'approvisionnement exclusif quelque soit le contrat auquel il se rattache. Elle concerne donc notamment une clause d'approvisionnement exclusif insérée dans un contrat de distribution exclusive. »

Le règlement européen n°330/2010 va plus loin et établit une période de cinq ans maximum pour les clauses dites de non-concurrence, qui sont en réalité des clauses d'exclusivité (« obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur plus

de 80% de ses achats annuels »). La clause d'exclusivité doit donc avoir une durée maximale de cinq ans, ne pas être tacitement renouvelable et ne pas avoir de durée indéterminée.

#### 5°) Validité de la clause d'exclusivité

Les conditions générales de validité d'une clause d'exclusivité sont les suivantes :

- le territoire sur lequel le distributeur a le droit d'exercer son activité doit être déterminé ou au moins déterminable ; il revient aux parties de préciser dans une clause l'étendue de l'exclusivité territoriale.
- la clause doit être limitée dans le temps
- elle ne doit pas constituer une entente prohibée par l'article 101 du TFUE et/ou l'article L420-1 du Code de commerce.

Cette clause d'exclusivité doit respecter le règlement n°330/2010 qui énonce dans son article 4 plusieurs limites :

*« L'exemption (...) ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet :*

*a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties ;*

*b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de :*

*i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,*

*ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,*

*iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et*

*iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur ;*

*c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;*

*d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents ;*

*e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens. »*

Les clauses d'exclusivité dans la distribution ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes, mais une analyse au cas par cas est nécessaire pour vérifier qu'elles ne constituent pas d'entrave à la concurrence en limitant l'entrée de concurrents sur le marché.

Quels sont les indices à examiner pour juger de la licéité de la clause?

- la part de marché des acteurs
- le champ d'application de l'exclusivité (quels produits ? quel(s) territoire(s) ?)
- la durée
- l'existence d'une justification technique à cette exclusivité
- la contrepartie économique obtenue par le client

Le règlement n°330/2010 rappelle que :

- si les parts de marché du fournisseur et du distributeur sont toutes les deux inférieures à 30%, alors la distribution exclusive est généralement autorisée, et ce même si elles sont associées à d'autres clauses sous surveillance, telle qu'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans.
- la distribution exclusive est compatible avec un schéma de distribution sélective, à la condition que les ventes actives par le distributeur ne soient pas limitées.

La DGCCRF rappelle que la distribution exclusive n'est autorisée que dans la mesure où le distributeur reste maître de sa politique de prix.

#### 6°) Typologie : les différentes clauses d'exclusivité

Il y a 3 grands types de clauses d'exclusivité :

- la clause d'exclusivité territoriale simple :

C'est la clause par laquelle le fournisseur est tenu par une obligation de fournir exclusivement le distributeur et aucun autre acteur dans le territoire défini.

Il est à noter que cela n'interdit pas au distributeur d'exercer son activité hors du territoire défini et le distributeur n'est pas tenu d'une interdiction de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs (à la différence d'une clause d'approvisionnement exclusif).



- la clause d'exclusivité territoriale renforcée :

C'est la même clause que la précédente : le fournisseur est tenu de ne pas fournir d'autres distributeurs dans le territoire considéré. En revanche, ici le distributeur s'engage à ne pas vendre hors du territoire défini, par des ventes actives. Le droit de la concurrence est particulièrement important ici : le distributeur doit toujours pouvoir être en mesure d'effectuer des ventes passives. La restriction des ventes passives est prohibée.

- la clause d'exclusivité réciproque :

C'est la clause selon laquelle le fournisseur a l'obligation de ne pas fournir d'autres distributeurs sur le territoire défini et le distributeur a l'obligation de ne pas se fournir auprès d'autres fournisseurs (clause d'approvisionnement exclusif).

**Attention**, la clause d'exclusivité absolue – qui est celle qui obligerait le distributeur à imposer à ses clients de ne pas exporter les produits vendus hors du territoire défini dans le contrat – est interdite par le droit de la concurrence.

#### 7°) Exclusivité et gamme de produits

Les lignes directrices donnent des éléments sur la question des gammes de produits distribués par un même réseau de distribution:

*« (72) Si un fournisseur utilise le même accord de distribution pour plusieurs biens ou services, cet accord peut, dans certains cas, être couvert par le règlement d'exemption par catégorie et, dans d'autres cas, ne pas l'être, au regard du critère de la part de marché. Le règlement s'applique alors aux biens ou services pour lesquels les conditions d'application sont remplies.*

*(73) En ce qui concerne les biens ou services non exemptés en vertu du règlement d'exemption par catégorie, les règles de concurrence habituelles s'appliquent, à savoir:*

*a) il n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité;*

*b) si l'article 101, paragraphe 1, est enfreint et si aucune exemption ne peut être accordée, on pourra examiner si des mesures correctives appropriées peuvent être prises afin de résoudre le problème de concurrence dans le cadre du système de distribution existant;*

*c) s'il n'existe pas de mesures correctives appropriées, le fournisseur concerné devra adopter d'autres modalités*

*Tel peut aussi être le cas lorsque l'article 102 s'applique à l'égard de certains produits faisant partie d'une gamme, mais pas à d'autres. »*

## 8°) Concurrence déloyale et respect de clientèle

La clause de non-concurrence restreint le commerce donc porte atteinte à la liberté commerciale, de ce fait elle est très encadrée et a des conditions strictes de validité.

La pratique a donc imaginé un substitut à la clause de non-concurrence : la clause de respect de clientèle. Cette clause n'interdit pas d'exercer une activité concurrente mais elle interdit par exemple au distributeur de proposer ses services à des clients du fournisseur avec lesquels il est entré en contact au titre de ses fonctions exercées pour le compte du fournisseur.

Pour que la clause de réserve de clientèle soit valable, il faut qu'elle soit écrite et qu'elle

- mentionne sa durée (inférieure à cinq ans)
- indique la liste des clients réservés, établie si possible par le fournisseur et le distributeur, pour éviter toute contestation ultérieure ; la clause ne doit pas comporter de termes très généraux comme « toute la clientèle présente et future » car alors elle serait considérée comme clause de non-concurrence.
- soit justifiée, c'est-à-dire qu'elle ait une contrepartie économique (comme l'exclusivité)
- constitue une obligation de ne pas faire (ex : ne pas vendre à tels clients) et que son non-respect ne donne lieu uniquement qu'au versement de dommages et intérêts, et non à des représailles contractuelles

### Sources :

Deuxième rapport d'activité de l'ADLC 2010, lignes directrices du règlement n°330/2010  
Code de commerce  
Note d'information juridique de la CCI d'Alsace du 13/10/2008

## FICHE 7 : Les prix recommandés, prix minimum et prix maximum

### 1°) Rappel des textes applicables

Article 101 du Traité de Fonctionnement sur l'Union Européenne

Article L420-1 du Code de commerce sur les pratiques restrictives de concurrence

Article L442-5 du Code de commerce sur l'interdiction d'imposer directement ou indirectement des prix de revente minimum

Article 4 alinéa a) du règlement n°330/2010

### 2°) Bien comprendre

Les prix recommandés ou prix conseillés ne sont pas illicites.

Ce qui est illégal est le contrôle par le fournisseur de la pratique de prix du distributeur, car alors les prix recommandés deviennent des prix imposés. Or le libre jeu de la concurrence suppose que tous les acteurs de l'économie soient libres de déterminer leurs prix.

D'une part la pratique des prix minimum imposés est interdite en soi, et d'autre part il y a un risque de qualification d'entente verticale entre fournisseur et distributeur.

Comme le rappelle le règlement n°330/2010 dans son article 4 a), il est interdit de « *restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal* ».

### 3°) A retenir

Ce que le fournisseur peut faire :

- imposer un prix de revente maximal au distributeur
- recommander ou conseiller un barème de prix indicatifs au distributeur, pour autant qu'il n'exerce aucune ingérence dans la politique de prix adopté par le distributeur

Ce que le fournisseur ne peut pas faire :

- imposer de façon directe ou indirecte un prix de revente minimal
- imposer de façon directe ou indirecte un prix de revente fixe

**Attention aux situations où un fournisseur impose un prix de revente maximal particulièrement bas, ne laissant ainsi au distributeur qu'une marge de manœuvre très réduite pour fixer son prix. Cette pratique a été assimilée par les juges à l'imposition de prix minimum et condamnée.**

#### 4°) S'agissant des prix de revente minimum

Le Code de commerce punit pénalement le fait d'imposer directement ou indirectement des prix de revente minimum ou une marge commerciale minimale. Sont visés tous les modes de fixation du prix, directs ou indirects, par exemple :

- le calcul d'une redevance, dans un système de distribution non intégré, non à partir d'un chiffre d'affaires effectivement réalisé mais à partir du prix conseillé
- le relèvement discriminatoire de prix par un producteur isolé visant à sanctionner le comportement de "casseur de prix" portant atteinte au réseau traditionnel de distribution.

Les juges français se sont prononcés dans certains cas sur des types de pratique.

#### 5°) Quelques exemples

- Des accords lient un ensemble de distributeurs à un fournisseur au moyen d'un contrat-type qui prévoit que les distributeurs acceptent une politique de prix de revente conseillés. Selon les clauses du contrat-type, les prix de vente ne doivent pas être inférieurs aux prix préconisés par le fournisseur et les distributeurs renoncent à pratiquer des soldes ou des rabais en dehors des prévisions et modalités arrêtées par le fournisseur dans le cadre de la politique commerciale commune acceptée par toutes les parties au contrat.

Cette clause a été considérée comme entrant dans le champ des pratiques anticoncurrentielles (cf article L420-1 du Code de commerce).

- Dans certains cas, le fournisseur a diffusé des prix minimum conseillés et a veillé à ce qu'ils soient respectés par les distributeurs. Ce comportement a été considéré comme anticoncurrentiel par le Conseil de la concurrence, qualifié d'entente verticale entre fournisseur et distributeurs puis sanctionné à ce titre par des amendes.

- Des prix sont présentés par le fabricant comme « conseillés » aux détaillants d'un réseau de distribution sélective, mais ils constituent en réalité des prix imposés, en raison de menaces de rétorsions commerciales ; le juge a requalifié cette pratique en imposition de prix fixe et condamné le fournisseur.

- Lorsque le fournisseur diffuse une liste de prix indicatifs assortie d'une clause interdisant aux revendeurs toute remise promotionnelle sur les produits de la marque sans l'accord préalable du fournisseur et d'une politique de refus systématique de telles remises, alors les prix indicatifs ont été considérés comme ayant un caractère obligatoire et la pratique a été sanctionnée.

- Lorsque le fournisseur offre des rabais, remises ou ristournes au distributeur avec des conditions d'attribution définies de manière objective et ne prêtant pas à discrimination, il a été jugé que cette pratique n'est pas de nature à restreindre la liberté du distributeur bénéficiaire de fixer son prix de revente et qu'il n'y a pas ici de pratique de prix minimal imposé.

- De même la pratique de remises hors facture n'est pas une façon d'imposer un prix minimal car le distributeur est libre d'adhérer ou non aux conditions de vente proposées par le fournisseur.

- En revanche, un fournisseur qui se donne les moyens de prévenir toute revente en dessous du prix facturé est en infraction avec l'interdiction d'imposer des prix minimum.

#### 6°) Quels sont les indices utilisés pour évaluer la légalité des pratiques?

L'Autorité de la concurrence a fixé des critères pour identifier les pratiques illégales dans ce domaine, il s'agit d'un test en trois étapes :

- y a-t-il évocation du prix de vente au détail entre le fournisseur et le distributeur ?
- y a-t-il application par les distributeurs d'un prix de détail uniforme ?
- existe-t-il une pratique de surveillance des prix du distributeur par le fournisseur, c'est-à-dire un système de contrôle par le fournisseur et un éventail de mesures de rétorsion ? Les mesures de rétorsion allant de simples contrôles de prix de vente consommateur (PVC), aux menaces de représailles voire aux mesures effectives de rétorsion.

Pour montrer qu'il y a une police des prix, les juges peuvent s'appuyer sur plusieurs indices :

- des témoignages de distributeurs installés dans différentes régions confirmant que les prix pratiqués sont surveillés régulièrement par le fournisseur
- la participation active de certains distributeurs à cette surveillance par la dénonciation des distributeurs ne respectant pas les tarifs conseillés par le fournisseur
- des rappels à l'ordre verbaux, ou bien des pressions via des menaces de suspension de livraisons ou de résiliation unilatérale du contrat en cas de non-respect de ces tarifs.

Ces critères sont des indices qui permettent à l'Autorité d'identifier les pratiques, ils peuvent donc permettre aux distributeurs et aux fournisseurs de se prémunir contre ce risque.

La Cour d'appel de Paris a jugé en 2007 qu'il y avait bien entente (verticale) sur les prix de revente aux consommateurs par l'imposition de prix minimaux de revente aux consommateurs. Pour cela elle a vérifié trois éléments :

- l'invitation du fabricant à mettre en œuvre des tarifs conseillés, matérialisés par l'évocation de prix de détail entre ce fabricant et ses distributeurs
- l'acquiescement des distributeurs aux tarifs communiqués, matérialisé par leur application effective ou par la signature de contrats de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de communication du fabricant par le distributeur
- l'existence de mécanismes de contrôle conférant un caractère de stabilité à l'entente.

**Attention** : la Cour de cassation a apporté une réserve en précisant que pour caractériser une entente verticale il faut que le fournisseur ait envoyé à son distributeur une invitation à conclure l'accord, et que le distributeur l'ait accepté, même tacitement. L'acquiescement du distributeur ne peut se déduire du simple fait que les prix du distributeur sont alignés sur les prix conseillés par le fournisseur, si cet alignement peut s'expliquer d'une autre façon.

Enfin, il faut établir le fait que le fournisseur a mis en place une police des prix pour contrôler les distributeurs, hors dans ce cas-ci, des distributeurs avaient eu une politique de prix agressive sans avoir été inquiétés par la suite par le fournisseur. Le jugement de la Cour d'appel a donc été annulé par la Cour de cassation.

Sources :

Articles 101 du TFUE, L420-1 et L442-5 du Code de commerce  
Règlement n°330/2010

Décisions du Conseil de la concurrence :

- 05-D-66 du 5 décembre 2006
- 06-D-04 du 13 mars 2006

Jurisprudence :

Cass. Crim. 25 novembre 1991  
Cass. Crim. 30 novembre 1992  
CA de Versailles 14 mai 1992  
Cass. com. 18 mai 1993  
Cass. Crim. 22 août 1995  
Cass. com. 27 janvier 1998  
CA de Paris 19 juin 2007  
Cass. com., 3 juin 2008

DGCCRF : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Prix-minimum-impose>  
Meffre & Grall, la lettre du Cabinet, novembre-décembre 2007

## FICHE 8 : La clause de non-concurrence

Une clause de non-concurrence permet de garantir pour un certain temps une confiance entre partenaires commerciaux. Elle a pour objet d'interdire à une partie signataire d'un accord l'exercice d'une activité qui ferait concurrence à l'autre partie.

### 1°) Pour l'Union européenne

Dans le cas des accords verticaux visés par le règlement n°330/2010 et ses lignes directrices, la clause est entendue comme un « *arrangement qui impose à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise déléguée par celui-ci, plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en service contractuels (...), calculés sur la base des achats effectués au cours de l'année civile précédente* ».

La clause de non-concurrence est généralement admise si sa durée ne dépasse pas 5 ans et si « *aucun obstacle n'empêche l'acheteur de mettre effectivement un terme à cette obligation à la fin de cette période de 5 ans* ».

De manière générale, les clauses de non-concurrence sont admises dans les contrats de distribution sauf si :

- elles ont une durée indéterminée
- elles sont tacitement renouvelables, car elles sont alors considérées comme à durée indéterminée
- elles ont une durée supérieure à 5 ans

**Attention :** cette interdiction des clauses longues est valable même si les seuils de part de marché de 30% des entreprises ne sont pas dépassés. Pour autant, la clause est séparable du reste de l'accord : elle peut être invalidée mais le reste de l'accord peut rester valide.

En principe la clause de non-concurrence doit prendre fin à l'expiration du contrat.

Il y a une exception : la clause pourra être valable après expiration de l'accord :

- si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur. Ce savoir faire doit être « substantiel », c'est-à-dire important et utile à l'acheteur.
- et si elle est limitée au point de vente/territoire à partir duquel l'acheteur a exercé ses activités
- et si elle a une durée maximale de 1 an

NB : dans le cas d'une clause de non-concurrence liée à un schéma de distribution sélective, le règlement accepte une telle clause (à condition qu'elle respecte les conditions ci-dessus) si cette clause interdit au distributeur de revendre des marques concurrentes de manière générale. Si cette clause interdit au distributeur de revendre certaines marques concurrentes ou d'acheter à certains fournisseurs en particulier, alors l'exemption n'est pas valable et la clause n'est pas admise.

## 2°) Pour la France

De manière générale, les clauses de non-concurrence ne sont valables que si elles sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitées dans le temps et dans l'espace. Les juges examineront la proportionnalité et la nécessité d'une telle clause.

**Indemnités de compensation** : une clause de non-concurrence doit prévoir une indemnité financière pour les limitations qu'elle impose au distributeur ou à l'agent après la fin du contrat. Dans certains cas, la clause peut être annulée, alors les indemnités ne sont pas dues ; c'est le cas si le fournisseur renonce à imposer la clause de non-concurrence après échéance du contrat ou bien si le distributeur ne respecte pas la clause de non-concurrence.

Il est difficile de dégager dans la pratique une tendance pour le montant de ces compensations, hormis dans les cas qui concernent les compensations données au salarié pour les obligations de non-concurrence présentes dans les contrats de travail (pour le cas d'un contrat de travail prévoyant une indemnité mensuelle égale au salaire du salarié pour une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée de six mois (voir CA de Paris arrêt n°09/03740 du 13 janvier 2011)).

### Sources :

Règlement n°330/2010, Lignes directrices du règlement n°330/2010,

<http://www.lexcellis->

[avocats.fr/pages/Criteres\\_de\\_validite\\_et\\_defficacite\\_dune\\_clause\\_de\\_nonconcurrence-2363821.html](http://www.lexcellis-avocats.fr/pages/Criteres_de_validite_et_defficacite_dune_clause_de_nonconcurrence-2363821.html),



## FICHE 9 : La résiliation unilatérale ou la clause de sortie du contrat

L'article L442-6 5°) du Code de commerce nous rappelle les cas de rupture brutale du contrat (envisagés dans la fiche suivante). Ces cas donnent droit à des dommages et intérêts pour la partie lésée.

Cependant il existe deux cas dans lesquels le cocontractant a le droit de mettre fin au contrat sans préavis. L'article L442-6 5°) dispose que « (...) *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.* »

### 1°) L'inexécution d'une obligation contractuelle

Le contrat est un engagement que prennent ensemble deux parties, et qui les lient en créant entre elles des obligations.

Si l'une des parties ne respecte pas ses obligations contractuelles, on dit qu'il y a inexécution contractuelle (si la prestation promise n'est pas du tout réalisée par exemple). Il peut également y avoir mauvaise exécution contractuelle (si la prestation promise a été mal réalisée par exemple).

L'article L442-6 5° du Code de commerce prévoit que cette inexécution contractuelle d'une des parties est une cause légitime pour que l'autre partie ne se lie plus par le contrat, puisqu'il n'a pas été respecté par son partenaire. Le Code de commerce mentionne que la partie lésée peut ainsi mettre fin à tout moment au contrat sans préavis.

Dans la pratique toutefois, il est d'usage de mettre en demeure son partenaire commerciale de remplir ses obligations, avant, le cas échéant, de décider de mettre fin au contrat.

**Attention**, il existe un risque pour la partie mettant fin au contrat : il faut qu'il y ait bien inexécution pour légitimer une résiliation unilatérale du contrat ; il ne faut donc pas que par la suite soit jugé le fait qu'il y avait simplement une mauvaise exécution du contrat et non une inexécution.

L'article 1147 du Code civil prévoit lui des dommages et intérêts pour la partie lésée : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* ».

### 2°) La force majeure

Cette question est traitée dans la fiche sur la force majeure.

## FICHE 10 : La rupture brutale ou abusive du contrat de distribution : indemnités et préavis

Définition : la rupture d'un contrat est considérée comme fautive lorsqu'il n'y a pas de respect du délai de préavis par la partie qui le rompt.

**Attention**, il est possible de résilier un contrat sans délai dans deux cas :

- en cas d'inexécution d'une partie de ses obligations,
- ou en cas de force majeure.

Cependant il est d'usage dans ces situations de mettre en demeure son cocontractant d'exécuter son obligation avant le cas échéant de décider une rupture unilatérale du contrat. Par ailleurs, la partie à l'origine de cette résiliation unilatérale du contrat prend le risque que par la suite la situation ne soit pas qualifiée d'inexécution du contrat ou de force majeure. La partie initiatrice de la rupture pourrait alors être à l'origine d'une rupture brutale du contrat.

Rappelons que cette fiche s'applique aussi bien que ce soit le fournisseur ou bien le distributeur qui rompe le contrat.

### 1°) Le contrat de distribution

L'article L442-6-I-5°) du Code de commerce prévoit qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.

*A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. (...) ».*

Cela signifie que le fournisseur ou le distributeur peut être amené à verser des dommages et intérêts à son partenaire s'il rompt, ne serait-ce qu'en partie, une relation commerciale établie sans donner à celui-ci un préavis écrit proportionnel à la durée de la relation commerciale en question.

#### a) Ou'entend-on par « relation commerciale établie » ?

La jurisprudence interprète cette notion de relation commerciale établie de façon assez large. Il peut s'agir de l'enchaînement de contrats à durée déterminée successifs entre les mêmes parties et pour le même objet (commandes successives par exemple). Mais on peut également qualifier une relation commerciale établie en présence d'une relation d'affaires qui s'inscrit

dans la durée, présente une certaine « intensité », un certain volume et constitue une même opération économique caractérisée par sa constance et sa régularité.

Une relation commerciale peut être établie même si les échanges ne sont pas permanents et continus entre les deux parties. La suspension ou l'interruption des relations commerciales pour une période brève au regard de la durée globale de la relation, n'empêche pas qu'on la considère comme établie. Cette relation peut être saisonnière.

A noter qu'aucune distinction n'est faite selon que la relation est formalisée par écrit dans un contrat ou non, tant que les parties peuvent prouver l'existence de cette relation d'affaires, par des commandes répétées par exemple.

La règle est cependant différente pour les appels d'offre.

### **b) Ou'est-ce qu'un préavis suffisant ?**

Selon l'article L442-6, I-5°) du Code de commerce :

- la durée du préavis doit tenir compte de la durée de la relation commerciale et respecter la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (ou, à défaut, par arrêtés du ministre de l'économie)
- lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'un appel d'offres, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application du principe général prévu ci-dessus lorsque la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas

### **Les usages :**

Il est difficile de donner une référence en matière de durée de préavis, la jurisprudence est assez variée. On peut retenir cependant que le juge prend en compte notamment l'ancienneté ou l'antériorité des relations commerciales, les investissements réalisés par la partie victime au profit de la partie auteur de la rupture, les difficultés à trouver un marché de remplacement ou de substitution.

*Exemple* : après une relation commerciale de 25 ans, un délai de préavis de 3 mois, fixé par le contrat, a été jugé insuffisant, et un délai de préavis de 2 ans a été jugé excessif. (Cass. com. 6 septembre 2011).

Il ne semble pas y avoir à l'heure actuelle d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel fixant une durée de préavis concernant le secteur de la chimie.

### **c) Quelle est la teneur des indemnités ?**

De manière générale, les juges rappellent que c'est le préjudice subi en raison de la brutalité de la rupture qui est indemnisée et non celui lié à la rupture elle-même des relations commerciales.

Concernant les critères utilisés pour estimer ce préjudice, la jurisprudence considère la perte en termes de marge brute subie, et non la perte de chiffre d'affaires.

Le juge considère les coûts directement liés à la rupture, c'est-à-dire les coûts liés au changement brutal du volume d'activité. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris (20 janvier 2011) explicite la définition de ce critère : il s'agit de la perte de marge brute, et non simplement de la perte de marge dite « sur coûts variables ». Par ailleurs les coûts fixes retenus sont ceux qui ont été engendrés par la variation soudaine du volume d'activité et non les coûts fixes permanents, comme le loyer des locaux de la société.

**NB** : Pour un cas de rupture brutale concernant le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée faisant suite à une très longue relation commerciale : Cour d'appel de Versailles, 12ème Chambre, arrêt 05/04854 du 15 mars 2007

## 2°) Le cas du contrat d'agence

### **a) Résiliation du contrat d'agence et préavis**

Concernant la résiliation du contrat d'agence, la règle en matière de préavis est dictée par l'article L134-11 du Code de commerce :

*« Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée.*

*Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Les dispositions du présent article sont applicables au contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède.*

*La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil.*

*Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent.*

*Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure. »*

**NB** : un contrat d'agence à durée déterminée, qui est tacitement renouvelé de façon illimitée, n'est pas toujours considéré comme à durée indéterminée, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'accord vertical, car alors le droit de la concurrence vient limiter ces pratiques. A noter que cette durée de préavis ne s'applique qu'aux contrats d'agence à durée indéterminée.

## b) Rupture du contrat par le mandant et indemnités

Concernant les indemnités compensatrices, l'article L134-12 du Code de commerce énonce que : « *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.*

*L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.*

*Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent. »*

Cet article est d'ordre public, cela signifie que les parties ne peuvent y déroger par contrat.

- *Lorsque l'agent a perçu des commissions*

Selon certains usages, l'indemnité de fin de contrat pour un agent commercial est généralement calculée sur la base de deux années de commission.

Si la rupture est brutale, c'est-à-dire si elle intervient sans tenir compte de la durée de préavis prévue par le contrat, alors la jurisprudence admet que les dommages et intérêts supplémentaires - qui réparent le préjudice causé par ce caractère brutal de la rupture - représentent généralement la marge brute qui aurait été réalisée sur la période de préavis qui devait être accordée.

- *Lorsque l'agent n'a perçu aucune commission, quelle assiette faut-il considérer pour calculer les indemnités ?*

Pour la Cour de cassation, « *l'indemnité compensatrice de cessation de contrat due à l'agent commercial est calculée sur la totalité des rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature* » c'est-à-dire entre commissions et rémunération contractuelle mensuelle.

- *Application du droit européen ou droit national plus favorable à l'agent*

Au niveau européen, l'article 17 de la directive n°86/653/CEE du 18 décembre 1986 garantit à l'agent commercial une indemnité après cessation du contrat. Cette indemnité prévue par le droit européen, ne peut pas être remplacée, en application d'une convention collective nationale, par une indemnité déterminée en fonction de critères différents de ceux fixés par la directive. La seule exception possible est la suivante : si l'application d'une telle convention garantit, dans tous les cas, à l'agent une indemnité égale ou supérieure à celle qui résulterait de l'application de la directive.

*c) Dans quels cas l'indemnité n'est-elle pas due ? Le cas de la faute grave de l'agent*

L'article L134-13 du Code de commerce énonce que cette indemnité réparatrice du préjudice de la rupture n'est pas due dans certains cas, dont la faute grave de l'agent commercial ou la situation dans laquelle l'agent commercial met fin au contrat (hors maladie de l'agent).

C'est au mandant d'apporter la preuve de cette faute grave.

**Attention** : la gravité de la faute ne peut être appréciée que par le juge et toute clause contractuelle qui stipule qu'un comportement en particulier constitue une faute grave privative d'indemnité n'est pas valide.

Le fait de ne pas parvenir à réaliser les objectifs commerciaux fixés dans le contrat n'est pas considéré par la jurisprudence comme étant une faute grave. Une clause qui prévoit la résiliation du contrat sans indemnité dans ce cas n'est pas valable.

NB : les juges prennent toujours en compte les circonstances intervenues au moment de la décision.

*Sources :*

L134-11, L134-12 et L134-13 et L442-6, I-5°) du Code de commerce  
Directive n°86/653/CEE du 18 décembre 1986

*Jurisprudence :*

CJCE 23.03.2006 aff C-465/04

Cass. com. 28 mai 2002, Cass. com. 5 avril 2005, Cass. com. 26 mars 2008, Cass. com. 21 octobre 2008

CA de Grenoble, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 18 janvier 2011

CA de Paris, 20 janvier 2011

<http://cabinetfoussat.com>

<http://www.lm-a.fr>

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/>

<http://portail-des-pme.fr/droit-des-societes>

## **FICHE 11 : Les relations commerciales hors contrat ou relations établies**

L'article L442-6 du Code de commerce n'exige pas de cadre contractuel formel pour qualifier une relation commerciale, la jurisprudence a une appréciation assez large de la relation commerciale, comme on l'a vu dans la fiche précédente.

Nous allons ici examiner plus en détail les critères retenus par les juges pour qualifier une relation commerciale, lorsqu'il n'y a pas de contrat entre les parties.

La jurisprudence est donc venue préciser la notion de «relation commerciale établie » en tenant compte de plusieurs facteurs :

- la durée des relations commerciales, ou encore l'antériorité
- la stabilité des relations commerciales
- l'intensité des relations commerciales

### 1°) La durée des relations commerciales

D'une part il n'y a pas au vu du droit applicable à l'heure actuelle de durée minimale de la relation commerciale pour l'établir (CA Paris 2004). Il semblerait que pour la Cour de cassation quelques mois ne suffisent pas à établir une relation commerciale (Cass. com. 2007), alors qu'ils peuvent être suffisants pour des juridictions du fond (CA Aix en Provence 2004, qualifiant de relation établie une relation de six mois).

Concernant le point de départ de la durée examinée, il s'agit du départ de la relation, formalisée par des bons de commandes successifs, même si par la suite la relation a donné lieu à des contrats puis à des avenants (Cass. com. 2008).

### 2°) La stabilité des relations commerciales

Pour évaluer la stabilité de la relation, les juges recherchent l'intention des parties. A contrario par exemple, l'absence de clause de reconduction tacite dans un contrat à durée déterminée ne permet pas de qualifier la stabilité de la relation (CA Paris 2008).

### 3°) L'intensité des relations commerciales

Pour mesurer l'intensité de la relation commerciale, le juge peut s'appuyer sur certains indices comme les investissements réalisés dans le passé par les parties pour leur collaboration commerciale, il peut également considérer l'évolution du chiffre d'affaires et les statistiques de vente (CA Lyon 2002).

## **FICHE 12 : Les formes d'engagement hybrides : lettres d'intention et « customer protection agreement »**

A côté du contrat au sens classique, il existe des formes d'engagement alternatives qui se sont développées dans certains domaines du droit. On peut citer la lettre d'intention ou bien l'accord de protection de clientèle (« customer protection agreement »).

La question est celle de la valeur juridique de ces engagements hybrides, et il existe un fort contentieux sur ce sujet. La valeur juridique des lettres d'intention est donc assez incertaine. Dans la pratique, elle est utilisée le plus souvent pour initier une relation commerciale, pour remplacer l'équivalent d'une période d'essai et donner lieu par la suite à un contrat.

La jurisprudence est abondante concernant les lettres d'intention, en particulier dans le domaine des sûretés et du cautionnement.

On retient que les engagements figurant sur les lettres d'intention sont analysés précisément suivant leur rédaction, c'est-à-dire suivant la formulation de l'obligation, et que les juges dissocient selon que l'entreprise s'est soumise à une obligation de résultat ou bien à une obligation de moyens.

### 1°) Obligations de résultat

Dans l'arrêt du 26 février 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation a relevé qu'une entreprise s'était engagée dans une lettre d'intention à faire le nécessaire pour qu'une autre société dispose d'une trésorerie suffisante, lui permettant de faire face à ses engagements au titre des crédits de trésorerie et de découvert envers une banque. Les juges de la Cour de cassation ont estimé que la première s'obligeait à l'obtention d'un résultat et considéré que les juges du fond avaient pu décider que cette société avait garanti au créancier le remboursement de la dette en cas de défaillance de l'emprunteur.

De même dans l'arrêt du 9 février 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'une entreprise ayant pris l'engagement de faire le nécessaire envers une autre société pour mener l'opération à bonne fin, il pouvait en ressortir qu'elle s'était engagée à un tel résultat.

Ainsi, s'engager dans une lettre d'intention à faire le nécessaire pour mener une opération déterminée à bonne fin ne crée pas d'obligation de payer au titre d'un contrat de cautionnement mais oblige le signataire de la lettre à faire en sorte que le résultat promis au bénéficiaire de cet engagement soit obtenu d'une manière ou d'une autre.

### 2°) Obligation de moyens

Enfin, dans l'arrêt du 18 avril 2000, la chambre commerciale de la Cour de cassation a soutenu la Cour d'appel qui avait qualifié une obligation de moyens en retenant que la société concernée n'avait pris aucun engagement de se substituer purement et simplement à ses filiales à l'égard des banques pour le cas où celle-ci serait défaillante.



Par ailleurs, la société a bien justifié qu'elle a soutenu sa filiale par un ensemble de mesures, qu'elle a analysées et qu'elle a estimées suffisantes, jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, il est ainsi établi qu'elle a respecté ses engagements.

### 3°) Exemple dans la distribution concernant l'exclusivité

L'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2011 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation traite d'une affaire concernant un fournisseur ayant octroyé l'exclusivité à un distributeur et importateur pour un certain type de produits et sur certains territoires. Le litige est né d'une question de concurrence déloyale qui soulevait une incertitude quant à la qualification de cet engagement entre véritable accord d'exclusivité (contrat) ou une simple lettre d'intention. Mais pour la Cour de cassation le plus important est que la société ait convaincu son partenaire de la sincérité de l'accord d'exclusivité. Cela suffit à assurer que cette exclusivité avait bien été octroyée, quelque soit l'ambiguïté des termes du texte, lettre d'intention ou accord d'exclusivité.

### 4°) Bilan

Au vu de la jurisprudence, les engagements pris par une société dans une lettre d'intention semblent être contraignants à la hauteur des engagements souscrits et interprétés également selon le comportement du cocontractant, d'où la nécessité d'une rédaction très précise de ce type d'engagement et de l'approfondissement des négociations précontractuelles.

Source : [http://lexinter.net/JF/lettres\\_d%27intention.htm](http://lexinter.net/JF/lettres_d%27intention.htm)

## **FICHE 13 : Les dispositions du droit international : droit applicable, juridiction compétente, clause d'arbitrage**

### 1°) Droit applicable

Pour les contrats signés entre des pays membres de l'Union européenne, le règlement n°593/2008 du Parlement européen sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Rome I) s'applique.

Pour tous les contrats conclus après le 17 décembre 2009, voici les principes qui régissent la loi applicable :

- le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat. Par ce choix les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. Durant la vie du contrat, les parties peuvent décider de changer de loi applicable
- à défaut de choix des parties, la loi applicable est déterminée comme suit. A noter qu'on entend par « résidence habituelle » le lieu où la société a établi son administration centrale :
  - o le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle
  - o le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle
  - o le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle
  - o le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle
  - o le contrat de transport de marchandises est régi par la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, pourvu que le chargement ou le lieu de livraison ou encore la résidence habituelle de l'expéditeur se situe aussi dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties s'applique

NB : quand il apparaît que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé par les règles ci-dessus alors la loi de cet autre pays s'applique.

A noter que le choix de la loi applicable peut être assorti ou non du choix d'une juridiction.

Pour des contrats signés entre pays membres et non membres de l'Union Européenne, il existe de très nombreuses conventions internationales (qui ne sont pas présentées ici).

## 2°) Juridiction compétente

Pour les contrats conclus entre des parties membres de l'Union européenne, le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit Bruxelles I) s'applique.

Ce règlement prévoit que la juridiction compétente est en principe celle du pays où le défendeur (à savoir celui qui se défend contre un demandeur qui initie la procédure) possède son domicile, quelque soit sa nationalité (article 2). Ce règlement prévoit également tout un système de règles de compétences spéciales alternatives à cette règle de compétence générale.

Pour les contrats, le demandeur – celui qui initie la procédure – a une option de compétence entre le juge du domicile du défendeur et le juge « *du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ». Pour la vente de marchandises, ce lieu est celui où « *les marchandises ont été ou auraient dû être livrées* » (article 5-1).

Le règlement autorise les parties au contrat à convenir entre elles d'une autre juridiction via une clause attributive de juridiction. Le juge désigné par une telle clause a alors une compétence exclusive (article 23).

## 3°) Clause d'arbitrage

La convention d'arbitrage est la convention par laquelle les parties décident de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à un juge en cas de litige. Cette clause est appelée clause compromissoire quand elle est rédigée en vue d'un litige éventuel futur (article 1442 du Code de procédure civile). Les parties doivent inscrire au contrat cette clause d'arbitrage et désigner par écrit un ou plusieurs arbitres, ou bien préciser les modalités de désignation de l'arbitre, sous peine de nullité de la clause.

De plus, il existe des domaines où l'arbitrage n'est pas possible, tels que des domaines de l'ordre public (divorce, capacité des personnes, sujets concernant des établissements publics) ou encore les litiges qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence, tel que ce qui touche au droit pénal, aux procédures collectives ou encore à la validité des brevets.

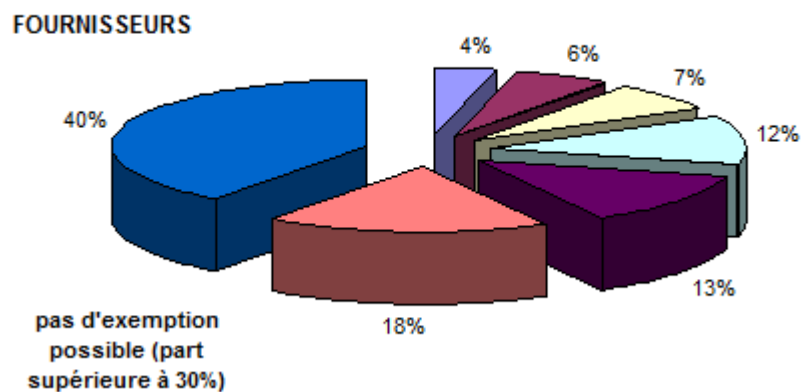
La clause d'arbitrage, dès lors qu'elle est signée, s'impose aux parties du contrat. Cela signifie que les juridictions étatiques qui pourraient être saisies doivent se déclarer incompétentes. En revanche, elle n'est pas opposable au tiers. La clause, si elle est valable, rend de fait les arbitres cités compétents pour résoudre le litige. Ils ont de nombreuses obligations, dont celle de mener leur mission à leur terme.

## D) ANNEXES

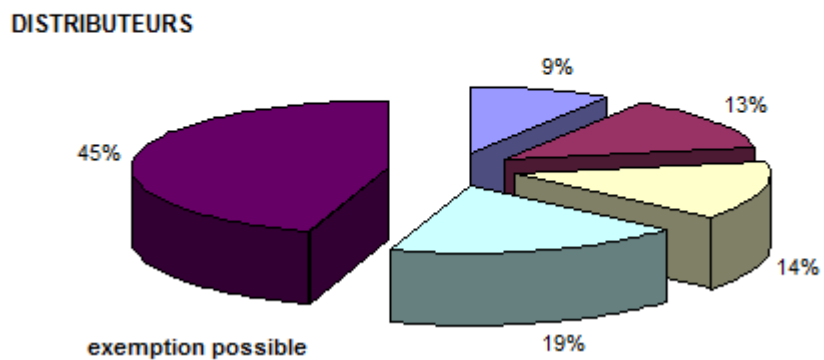
### 1. Calcul de la part de marché

- Exemption d'un accord vertical en application du règlement n°2790/1999 (art. 3)

la part de marché du fournisseur ne doit pas dépasser 30% du marché de l'approvisionnement (marché amont) :



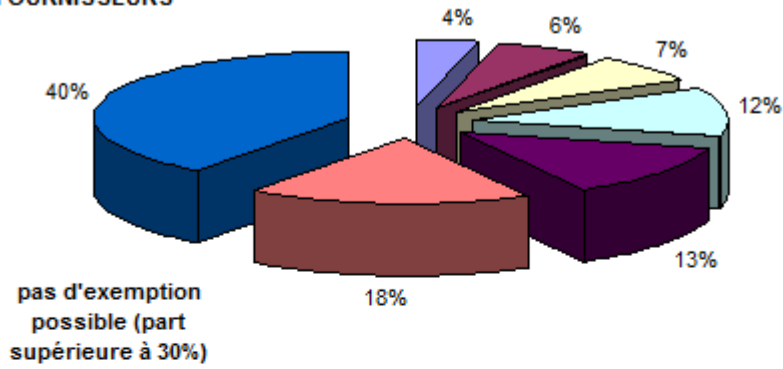
----- **marché de l'approvisionnement** -----



- **Exemption d'un accord vertical en application du règlement n°330/2010 (art. 3)**

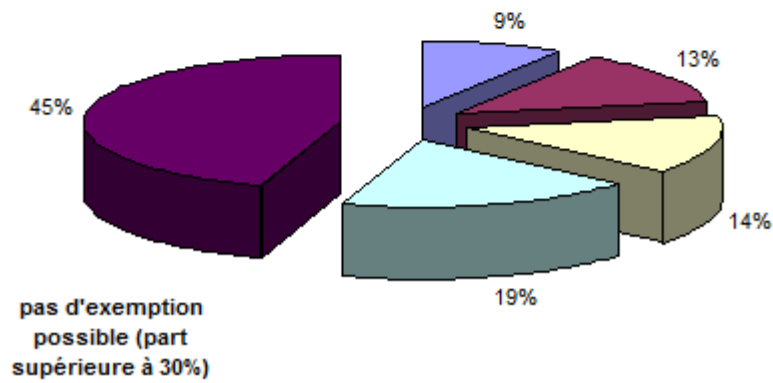
les parts de marché du fournisseur et du distributeur ne doivent pas dépasser 30% du marché de l'approvisionnement (marché amont) :

**FOURNISSEURS**



----- **marché de l'approvisionnement** -----

**DISTRIBUTEURS**



•

## 2. Accords d'importance mineure

- **Communication n°2001/C 368/07 de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (accords « de minimis »)**
  - **Principe** : l'article 101§1 du TFUE interdit les accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence
  - **Exception** : les pratiques qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction de l'article 101§1
  
- **Seuils de minimis**
  - **Accords horizontaux (entre concurrents)** : part cumulée détenue par les parties **inférieures à 10%** sur aucun des marchés affectés par l'accord
  - **Accords verticaux (entre non concurrents)** : part de marché détenue par chacune des parties **inférieure à 15%** sur aucun des marchés affectés par l'accord
  - **Effet de verrouillage du marché par des réseaux parallèles d'accords** : tous les seuils sont abaissés à **5%**
  
- **Clauses noires** (point 11 de la Communication)
  - Les **exonérations** prévues par la communication de minimis ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (« clauses noires »)
  - Ces **clauses noires** sont celles qui ont pour objet :
    - la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers
    - la limitation de la production ou des ventes
    - la répartition des marchés
    - la répartition des clients
  
- **Exemples de décisions**
  - **Décision n°03-D-53 du 26 novembre 2003** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm dans le secteur de la commercialisation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle
  - **Décision n°04-D-64 du 30 novembre 2004** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques

### 3. Sanctions encourues (DGCCRF)

Catégorie de « mauvaise pratique »	Type de responsabilité encourue
Déséquilibre significatif	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de
Obtention de conditions plus avantageuses du fait de menaces de rupture des relations commerciales	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de commerce).
Rupture brutale d'une relation commerciale	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de
Non-respect des délais de paiement	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de commerce). Sanction pénale : amende de 15 000 € (L 441-6 du Code de
Retour de marchandises et déductions d'office	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du code de commerce).
Clauses nulles	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de
Non-respect des règles de facturation	Sanction pénale : amende de 75 000 € (L 441-4 du Code de commerce).
Éviction des CGV avant toute opération	Responsabilité civile : répétition de l'indu, dommages et intérêts, nullité de la clause ou du contrat, ... et amende civile (L 442-6.III du Code de
Abus d'une position dominante	Nullité de l'engagement contractuel ou de la clause abusive (L 420-3 du Code de commerce). Injonctions et sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence (L 464-2 du Code de commerce).
Abus d'un état de dépendance économique	Nullité de l'engagement contractuel ou de la clause abusive (L 420-3 du Code de commerce). Injonctions et sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence (L 464-2 du Code de commerce).
Inexécution contractuelle	Responsabilité civile : dommages et intérêts, répétition de l'indu, résiliation ou résolution du contrat.
Non-respect de la loi de 1975	Responsabilité civile : dommages et intérêts.
Fausse allégation portant sur la qualité de propriétaire d'un brevet ou de demandeur d'un	Sanction pénale : amende de 7 500 € (article L 615-12 du code de la propriété intellectuelle).
Contrefaçon d'un brevet, d'un dessin ou modèle	Responsabilité civile : saisie-contrefaçon, cessation de la pratique, dommages et intérêts, ...  Sanction pénale : emprisonnement de trois ans et amende de 300 000 €, pouvant aller jusqu'à cinq ans et 500 000 € d'amendes agissant de marchandises dangereuses. (L 615-14 du code de la propriété intellectuelle).

## E) QUESTIONS LES PLUS FREQUEMMENT POSEES

- **Concernant le règlement n°330/2010 régissant les accords verticaux au niveau européen :**

### **1°) Quelles sont les questions de concurrence liées aux accords verticaux ? Pourquoi parlons-nous de "restrictions verticales" dans le règlement européen n°330/2010?**

Pour la plupart des restrictions verticales, des problèmes de concurrence peuvent surgir s'il y a une concurrence insuffisante à un ou plusieurs niveaux de la chaîne commerciale, c'est-à-dire, s'il y a un certain degré de pouvoir de marché au niveau du fournisseur ou de l'acheteur ou aux deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins néfastes que des restrictions horizontales (entre des concurrents directs) et peuvent générer des gains d'efficacité importants.

Une restriction de concurrence peut se produire si un accord entre un fournisseur et un acheteur contient des restrictions imposées au fournisseur ou à l'acheteur. Ces restrictions peuvent prendre différentes formes. Par exemple, les accords dont l'élément principal est que le fabricant vend seulement à un ou à un nombre limité d'acheteurs (distribution exclusive ou sélective) peuvent mener à l'exclusion d'autres acheteurs du marché et/ou à la collusion entre les acheteurs. De même, les clauses de non-concurrence qui interdisent à des distributeurs d'acheter et de revendre les produits concurrents à ceux de leur fournisseur peuvent gêner l'entrée sur le marché de nouveaux fabricants et renforcer les positions des fabricants déjà présents sur ce marché.

### **2°) Donner des exemples de cas qui tombent hors de l'exemption par catégorie que la Commission européenne a traités.**

Depuis 1999, quand les règles précédentes sont entrées en vigueur, la Commission a traité un certain nombre de cas dans différents secteurs (par exemple, des haut-parleurs, des parfums, des jeux vidéo et des consoles, des instruments de musique, et des autocollants et des cartes Pokémon).

Par exemple, en 2002, l'entreprise B&W Loudspeakers a notifié<sup>10</sup> à la Commission son projet de réseau de distribution sélective de haut-parleurs. La Commission a approuvé ce projet, à condition que l'entreprise y retire plusieurs restrictions caractérisées, telles qu'une clause déguisée de prix minimum de vente imposés et une autre interdisant aux distributeurs agréés la vente sur internet.

De même, en 2001, la Commission a approuvé l'accord notifié par Yves Saint Laurent, après que l'entreprise ait accepté de permettre à ses distributeurs agréés de vendre des parfums et des articles de luxe sur internet.

En outre, en 2002, la Commission a adopté une décision imposant une amende à Nintendo et à sept de ses distributeurs de jeux vidéo et de consoles. L'enquête a montré que Nintendo et ses distributeurs se sont entendus pour maintenir des écarts de prix artificiellement élevés dans

---

<sup>10</sup> Le premier règlement (Règlement 17/62 OJ [1962] 13/204) qui a mis en œuvre les articles 81 et 82 du Traité (aujourd'hui articles 101 et 102) a créé un système de notification et d'autorisation par lequel les entreprises pouvaient notifier leurs accords à la Commission afin de bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE. Le second règlement (Règlement 1/2003 OJ [2003] L1/1) mettant en œuvre les articles 81 et 82 du Traité CE a aboli ce système en 2004.



l'Union européenne en empêchant des exportations des pays à bas prix vers des pays à prix élevés.

En 2003, la Commission a adopté une décision qui indiquait que Yamaha avait enfreint les règles de concurrence en concluant des accords de distribution qui visaient à diviser les marchés pour la fourniture d'équipements et d'instruments de musique traditionnels et électroniques en Europe. La Commission a constaté que les restrictions territoriales et sur les prix avaient cloisonné les marchés nationaux et maintenu différents niveaux de prix au sein de l'Union Européenne.

Enfin, en 2004, la Commission a adopté une décision infligeant une amende à Topps, une entreprise fabriquant des produits à collectionner, tels que les autocollants ou les cartes avec joueurs de football ou personnages de bande-dessinée. La Commission a réuni des éléments prouvant que Topps avait développé une stratégie de barrière aux importations des pays ayant des prix bas vers les pays ayant des prix élevés.

- **Concernant les dispositions introduites par la Loi de Modernisation de l'Economie :**

### **3°) Quels sont les opérateurs qui sont soumis aux dispositions relatives à la convention unique ?**

Le texte vise le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, ce qui exclut les produits (ou services) destinés à être transformés par ces derniers. S'agissant du « prestataire de services » au sens du 2° I de l'article L. 441-7 du Code de commerce, le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale, rendues directement ou indirectement par le distributeur.

### **4°) Quel sens donner aujourd'hui aux Conditions Générales de Vente catégorielles dans le contexte nouveau de la négociabilité des tarifs ?**

Les CGV catégorielles répondent au souhait de certains fournisseurs de définir par avance plusieurs socles de négociation selon le type de partenaires. Ces fournisseurs sont désormais responsables de la définition des catégories mais naturellement ces catégories doivent répondre à des critères objectifs qui permettent de viser tous les opérateurs répondant à ces critères. Une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur en particulier.

La notion de CGV catégorielles emporte une conséquence en matière de communication : celles-ci font l'objet d'une communication vis-à-vis des seuls clients relevant de la catégorie concernée.

### **5°) Comment doit se comprendre la notion de « prix à l'issue de la négociation commerciale » présente dans le premier alinéa de l'article L. 441-7 du Code de commerce ?**

La convention unique fixe le prix de vente résultant de la négociation commerciale, menée dans le respect de l'article L. 441-6 du Code de commerce, et dont les CGV constituent le point de départ.

Les « prix à l'issue de la négociation commerciale » intègrent les éléments visés aux 1° et 3°. Il s'agit donc des prix des produits ou services destinés à être revendus par le distributeur, ainsi que des éventuelles réductions conditionnelles de prix, négociées par exemple en fonction du volume.

Par ailleurs la convention unique comprendra également les précisions nécessaires sur la rémunération des services de coopération commerciale.

### **6°) Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?**

Les « ex-services distincts » relèvent soit du 2° soit du 3° de l'article L. 441-7 du Code de commerce.

En effet, le législateur a élargi la définition des services figurant à l'article L. 441-7 I 2° du Code de commerce, communément dénommés services de « coopération commerciale », pour y intégrer certains des « ex-services distincts ». La coopération commerciale recouvre donc désormais l'ensemble des services qui sont rendus par les grossistes, les distributeurs, ou les centrales de référencement à l'occasion non seulement de la revente des produits ou des services aux consommateurs, mais également à l'occasion de leur revente aux professionnels, et qui sont propres à favoriser la commercialisation desdits produits et services. Ces services font l'objet d'une facturation du prestataire.

Quant aux autres « ex-services distincts » qui ne répondent pas à la définition posée à l'article L. 441-7 I 2° du Code de commerce, ceux-ci trouvent leur place au sein de la catégorie des "autres obligations" prévues au 3° de l'article L. 441-7. Ils correspondent à des prestations de services effectuées par des grossistes, des distributeurs ou encore des centrales de référencement dans le but d'améliorer leurs relations avec le fournisseur.

Concernant la formalisation de la rémunération des obligations relevant du 3° de l'article L. 441-7 du Code de commerce, les aspects fiscaux de cette question sont régis par les dispositions du code général des impôts (CGI) relatives à la TVA, selon lesquelles toute prestation de service donne lieu à l'émission d'une facture, et par l'instruction fiscale 3E-2-08, publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008. Cette instruction admet une tolérance au regard des dispositions du CGI, en offrant la possibilité de faire figurer les obligations constituant un élément de formation du prix de l'opération de vente sur la facture du fournisseur. Les redevables qui useraient de cette faculté sont donc fiscalement protégés.

S'agissant de la description de ces obligations, le législateur a poursuivi l'objectif de simplification et de transparence de la loi du 3 janvier 2008. Le contenu des autres obligations, comme des services de coopération commerciale, doit figurer dans la

convention. Cette exigence légale de précision de la convention unique est contrôlée et, le cas échéant, sanctionnée pénalement.

### **7°) La convention unique possède-t-elle un caractère annuel ?**

En dehors des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention est bien annuelle. Elle doit être conclue avant le 1er mars pour l'année en cours.

Une tolérance est bien entendu envisagée dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Dans ce cas, il convient de signer la convention dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services.

### **8°) L'article L. 441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ?**

Les dispositions prévoyant l'obligation de conclure la convention unique étant pénalement sanctionnées, il convient de faire application des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace, visés aux articles 113-1 et suivants du code pénal.

La loi pénale française s'applique aux infractions dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire français.

S'agissant des contrats et services visés à l'article L. 441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la **revente de produits ou la fourniture de services en France** entre dans les dispositions de l'article.

### **9°) Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?**

La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.

La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux dispositions antérieures.

### **10°) Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L.442-6-I-1°, qui a trait à la coopération commerciale?**

Exactement comme avant, car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs. En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les situations abusives décrites à l'article L 442-6, elle peut atteindre 2 millions d'euros et être portée à trois fois l'indu.

## **11°) La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ?**

Non, dans la mesure où le refus de vente entre professionnels n'est plus interdit depuis 1996. Un fournisseur peut tout à fait refuser d'engager une relation commerciale avec un distributeur. A noter toutefois qu'un acteur en position dominante doit s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques pouvant être appréhendées comme un abus de position dominante, sans que cela l'empêche pour autant d'utiliser les marges de négociation ouvertes par la loi pour conclure des accords équilibrés avec son cocontractant. Il va de soi également qu'un refus de vente résultant d'une entente destinée, par exemple, à nuire à un concurrent, n'est pas licite.

### SOURCES :

DGCCRF : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Les-relations-industrie-commerce>

Memo/10/138 de la Commission européenne :

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/138&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

## F) LIENS UTILES

Direction Générale Concurrence de la Commission européenne :

[http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)

Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:FR:PDF>

Lignes directrices du règlement :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:FR:PDF>

Tous textes de loi (européens et français): [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Loi de Modernisation de l'Economie n°2008-776 du 4 août 2008 :

[http://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050](http://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050)

Portail des PME : [www.pme.gouv.fr](http://www.pme.gouv.fr)

Avis de la CEPC : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/Les-avis-de-la-Commission>

Décisions et avis ADLC : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/index.php>

Question-réponse de la CEPC : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/accueil-rubrique-questions-cepc>

Pour un guide des relations commerciales et autres informations utiles :

[www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence)

DGCCRF : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>

Ministère de l'Industrie : <http://www.industrie.gouv.fr/portail/chiffres/etudes.php>

Guides pratiques du Ministère de l'Industrie : <http://www.industrie.gouv.fr/guides/guides-pratiques.php>

Ministère de l'Economie : <http://www.economie.gouv.fr/daj/accueil-daj>

Médiateur de l'Industrie : <http://www.mediateur.industrie.gouv.fr/>

Institut National de la Propriété Industrielle :

<http://www.inpi.fr/fr/connaitre-la-pi/a-lire/brochures-de-l-inpi.html>

<http://www.inpi.fr/fr/outils-transversaux/contacter-l-inpi.html>